Die

Vernichtung der s. g. konkurrierenden Einreden

durch die

Klageverjährung

nach gemeinem Civilrechte

mit

Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt

der Juristen-Facultät zu Rostock

von

Hugo Berent,

Referendar.

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.

1890.

Inhaltsübersicht.

Einleitung . . . . . S. 1—10.

I. Teil: Die Wirkungen der Klageverjährung im Allgemeinen „ 11—31.

§ 1.

Auf das dingliche Recht . . . . . „ 11—13.

§ 2.

Auf das persönliche Recht

a) Die römischen Quellen . . . . . „ 13—20.

§ 3.

b) Die Theorieen der schwächeren Wirkung . . „ 20—24.

§ 4.

c) Vermittelnde Theorieen . . . . . „ 24—26.

§ 5.

d) Das Verhältnis der etwa restierenden Naturalobligation zur Einrede . . . . . „ 27—31.

II. Teil: Die Vernichtung der s. g. konkurrierenden Einreden durch die Klageverjährung . . . . . „ 32—80.

§ 6.

a) Der Quellenbeweis . . . . . „ 32—48.

§ 7.

b) Allgemeine Begründungen . . . . . „ 48—50.

§ 8.

c) Begründung speciell aus dem Zwecke des Verjährungsinstitutes . . . . . „ 50—72.

§ 9.

d) Vermittelnde Theorieen. . . . . „ 72—80.

Anhang.

§ 10.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. . . . . „ 81—93.

Literaturübersicht . . . . . „ 94—96.

Einleitung.

Für die Frage, welche den Gegenstand der folgenden Betrachtungen bildet, kommen lediglich solche Rechtsverhältnisse in Betracht, aus denen Klage und Einrede entspringen.[1]) Es empfiehlt sich daher, für diese neben einer Klage resultierenden Einreden einen handlichen Ausdruck zu wählen, welcher das zu Grunde liegende Verhältnis knapp bezeichnet, und als solcher dürfte, nachdem Unger[2]) den früher von Unterholzner[3]) und Heimbach[4]) gebrauchten Begriff der abgeleiteten Einreden als einen unpassenden und irrelevanten zurückgewiesen hat, derjenige der konkurrierenden Einreden angemessen sein, d. h. solcher, welche auf einem Rechte beruhen, das sonst auch durch eine Klage geltend gemacht werden kann und nur infolge der Anstellung einer Klage gegen den Berechtigten durch Einrede geltend gemacht wird.

Um die Missverständnisse, welche der gewählte Ausdruck allerdings nahe legen könnte, und die spezifische Bedeutung zu vermeiden, welche Unger demselben beilegt, sei darauf hingewiesen, dass Unger, wenn er das entscheidende Verhältnis in dem gleichzeitigen Nebeneinanderstehen von Klage und Einrede sieht und die konkurrierenden Einreden als solche definiert, welche im Wesentlichen als Mittel zur Erreichung desselben Zweckes erscheinen wie die Klage, sich in Gegensatz zu dem wahren Verhältnis setzt, welches, wie es Savigny[5]) charakterisiert, zwischen Klage und Einrede obwaltet. Denn

1) Die angebliche Identität des Zweckes ist nur ungefähr wahr: Einreden können nur Abweisung des Klägers und eigene

---

[1]) Es scheiden damit von vornherein diejenigen Rechtsverhältnisse aus, die ihrer Natur nach nur eine Einrede und nichts als eine solche ergeben, s. g reine Einrederechte; dieselben sind übrigens kaum jemals Gegenstand eines Streites gewesen: vgl. zwar Kori a. a. O. § 52, dagegen Unterholzner a. a. O. § 157; Savigny V S. 418 Note g.

[2]) a. a. O. S. 511. 512. Note 43.

[3]) a. a. O. II § 156.

[4]) b. Weiske III S. 700.

[5]) a. a. O. V S. 420; vgl. Burchard a. a. O. S. 583, 596.

Freisprechung bezwecken und im günstigsten Falle erreichen; sie können sich nicht über eine Minderung oder höchstens Aufhebung der klägerischen Forderung erheben, niemals, wie die Klage, Verurtheilung des Gegners und Zwangsvollstreckung erzielen und erlangen; der thatsächliche Erfolg dieser juristisch ganz verschiedenen Ereignisse kann in manchen Fällen — z. B. exc. und act. quanti minoris — für das Vermögen des Berechtigten ziemlich derselbe sein; der juristische Zweck ist es nicht.[1])

Das Gewicht ist für unsere Frage vielmehr auf den materiellen Inhalt zu legen, welchen die Klage und die Einrede enthält: beiden liegt dasselbe Recht zu Grunde, beide bauen sich auf dasselbe Fundament auf, sie sind nur verschiedene Erscheinungsformen desselben Rechtes, verschiedene Rollen, in denen es auftritt; und eben diese äussere Verschiedenheit des Auftretens bringt die oben angegebene Verschiedenheit des juristischen Erfolges hervor.

2) Ein gleichzeitiges Nebeneinanderstehen, eine Konkurrenz von Klage und Einrede ist an sich nicht denkbar.

Der wahre Sinn dieser Konkurrenz liegt nur darin, dass neben meinem wirklich vorhandenen Klagrecht gleichzeitig auch alle faktischen Bedingungen für eine Klage des Gegners und demgemäss, sollte diese angestellt werden, für meine Exception gegeben sind.

Während bei der Klagekonkurrenz der Berechtigte freie Wahl zwischen zwei gleichartigen Thätigkeiten hat, hat er hier nur die Wahl zwischen Thätigkeit und unthätigem Abwarten; von einem gleichzeitigen Nebeneinanderstehen der beiden Rechtsmittel könnte man also nur sprechen, wenn man etwa die Einrede als „in abstracto" zustehend, nativ auffasste.

Abstrakt steht sie zu: Denn es sind alle Bedingungen für die gegnerische Klage gegeben; aber erst, wenn diese Klage in concreto angestellt wird, ist damit die konkrete Daseinsbedingung der Exceptio gegeben, nun ist sie wirklich nata; dann aber könnte wieder von einem gleichzeitigen Nebeneinanderstehen der Klage und Einrede nicht gesprochen werden, da nun die Lage des Berechtigten sich eben nur zur Einrede und nicht mehr zur Klage in concreto eignet;[2]) und auch umgekehrt: soweit sich seine Lage zur Klage eignet, soweit eignet sie sich in concreto nicht zu einer exceptio, welche den Inhalt der actio wiederholt.

---

[1]) Dagegen wieder Unger a. a. O. S. 512. Note 44, vgl. Riemann a. a. O. S. 20.

[2]) Hierauf macht Büchel aufmerksam a. a. O. S. 12.

Wer also z. B. ein Pferd mit heimlichen Mängeln kauft, ohne das Kaufgeld schon gezahlt zu haben, hat die actio redhibitoria; er hat aber die exceptio redhibitoria in Wirklichkeit erst, wenn der Gegner auf das Kaufgeld klagt; in abstracto, ideell hatte er sie gleichzeitig mit der actio, da die Bedingungen für die Klage des Gegners (Nichtzahlung des Kaufpreises) vorlagen; sobald er sie nun in concreto hat, dann hat er nicht mehr die actio redhibitoria in concreto, denn nun eignet sich seine Lage nicht mehr zur Klage, und ebenso umgekehrt.

Nur in diesem eben ausgeführten Sinne kann von einer Konkurrenz von Klage und Einrede gesprochen, und nur in diesem Sinne wird in Folgendem der Ausdruck der konkurrierenden — und auch abwechslungshalber der abgeleiteten — Einreden verwendet werden, als solcher, welche denselben materiellrechtlichen Inhalt haben, wie die Klage (aber von dieser juristisch verschiedene Erfolge erzielen).

Wenn nun Klage und Exception gleichzeitig nicht zustehen können, so ist es eigentlich nicht präcise, zu fragen, wie meist gefragt wird, ob mit der Verjährung der Klage auch die entsprechende, abgeleitete oder konkurrierende, Einrede verjährt sei; denn es kann, streng genommen, nicht von der Verjährung einer Exception die Rede sein, die in concreto noch gar nicht zustand: das konkrete Exceptionsrecht wird ja erst nativ, wenn die Klage gegen den Exceptionsberechtigten angestellt wird, das Exceptionsrecht als solches kann also nicht schon im Augenblick seiner Nativität verjährt sein; [1]) wenn wir nichtsdestoweniger öfters uns so ausdrücken und behaupten werden, hier stehe die Einrede nicht mehr zu, weil sie verjährt sei und hier ja, weil sie noch nicht verjährt sei, so geschieht es, weil jener Ausdruck handlich und gebräuchlich und der Sinn desselben nach Obigem klar ist; präciser allerdings dürfte die Frage so lauten:

Zieht die Verjährung der Klage auch den Verlust der abgeleiteten (konkurrierenden) Exception nach sich oder nicht?

Oder: Hat die Klageverjährung die Wirkung, dass sie ein Residuum übrig lässt, aus welchem noch eine Exception abgeleitet werden könnte oder nicht?

In dieser Formulierung hebt sich scharf der Ausgangspunkt ab — welches ist die Wirkung der Klageverjährung überhaupt? —, von welchem aus die Behandlung der Frage nach der Einreden-

---

[1]) vgl. Kierulff a. a. O. S. 214. Note *

verjährung und damit einer Kontroverse zu geschehen haben dürfte, die seit lange die Juristen beschäftigt.

Zwar hat man die auf dingliche Rechte sich gründenden Einreden, wie sich zeigen wird, kaum jemals in diesen Streit hineingezogen; die vom Gesetz ausdrücklich einer Verjährung unterworfenen, wie die exceptio non numeratae pecuniae und non numeratae dotis [1]) aus demselben ausgeschieden, hinsichtlich der übrigen aber haben die Meinungen oft hin- und hergeschwankt: in früherer Zeit scheint die Unverjährbarkeit herrschende Meinung gewesen zu sein: Schilter [2]) erwähnt, dass Carpzow „hanc sententiam docet . . . tamquam in praxi usitatam"; dann scheint sich eine Opposition erhoben zu haben, welche z. B. in den Werken von Schilter, [3]) Mevius, [4]) Stryk, [5]) Lauterbach [6]) Ausdruck fand, aber wohl nicht durchdrang: die gegenteilige Ansicht wurde vielmehr u. A. bedeutsam von Weber [7]) am Ende der vorigen Jahrhunderts verteidigt, jedoch nicht ohne Opposition zu finden, [8]) und gewann dann in Savigny [9]) einen eifrigen Vertreter; seitdem hat sich die herrschende Meinung allmählich von Savignys Standpunkt entfernt, [10]) teils den entgegengesetzten vertreten, [11]) teils Mittelwege eingeschlagen, [12]) ohne dass aber auch in neuester Zeit der Streit zur Ruhe gekommen, [13]) ja nur eine Einigung über den Ausgangspunkt der Controverse erzielt wäre.

---

[1]) Dieselben sind auch von uns nicht weiter zu betrachten; Savigny V S. 416 will sie überhaupt nicht zur Verjährung ziehen.

[2]) a. a. O. exerc. ad Pand. XI § 31 S. 244.

[3]) a. a. O. S. 243. 244.

[4]) a. a. O. Pars III dec. 333 S. 347.

[5]) a. a. O. cap. II S. 478.

[6]) a. a. O. lib. IV tit. 6 § XXVIII S. 387.

[7]) Beiträge u. s. w. S. 21 ff, 63 ff; später: Natürl. Verbindlichkeiten u. s. w. § 92.

[8]) z. B. Schmidt a. a. O. S. 244; Sommer a. a. O.; Unterholzner II § 156; Sintenis a. a. O. bei Zu Rhein S. 251 ff; Heimbach, b. Weiske III S. 700.

[9]) a. a. O. V § 248 ff; vgl. Seuffert Archiv Bd. VII Nro. 145; XXI, 7; Bd. XXIV, 4; Entsch. des Geh. Ob. Tribunal (v. Simon u. Strampff) Bd. I Nro. 14 S. 125 ff.

[10]) vgl. Bekker in s. Jahrburch Bd. IV Nro. 14 S. 409; Eccius a. a. O. I § 46 S. 213; Burckhard a. a. O. § 125 S. 595.

[11]) z. B. Thibaut Pand. 9. Aufl. I § 209; Pfeiffer a. a. O. VII Nro. 9; Bekker in s. Jahrbuch IV Nro. 14; Wächter Handb. II § 119 S. 819, Pand. I § 95—97; Sintenis Civilr. I § 31. 32; Kierulff a. a. O. S. 210 ff; Dahn a. a. O; Vangerow a. a. O. I § 151. 156. Baron Pand § 91; vgl. Dekrete bei Pfeiffer a. a. O. VII S. 35 Note z, S. 327, 1; S. 329; Elvers Archiv. VI S. 319; Seufferts Archiv XI, 8; XXIV, 6; XXXIII, 279; vgl. auch II, 163; XIII, 8, XIV, 19; XV, 118.

[12]) z. B. Windscheid Pand. I § 112; Brinz Pand. I § 113/114; Unger a. a. O. II § 122. 125; Keller Pand. § 89—92; Wendt Pand. § 95—97; Thon a. a. O. S. 279 ff; Wildhagen a. a. O; Grawein a. a. O.

[13]) vgl. Dernburg Pand. I § 150; ferner unten § 10.

Während nämlich auf der einen Seite die Möglichkeit, die Controverse nach der Verjährbarkeit abgeleiteter Einreden unabhängig von der nach der s. g. stärkeren oder schwächeren Wirkung der Klagverjährung zu entscheiden verneint und behauptet wird,[1]) dass, wenn einmal das Recht zerstört ist, auch die abgeleitete Einrede nicht mehr zustehen könne, werden auf der anderen Seite selbständige Wege zur Beantwortung jener Frage angegeben,[2]) und der notwendige Zusammenhang zwischen beiden Kontroversen in Abrede gestellt.

Selbst wenn wir uns der letzteren Ansicht anschlössen, bedürfte es dennoch eines Ueberblicks über jene alte Kontroverse, schon weil beide meist im Zusammenhange mit einander behandelt worden, und die Petitio principii dabei eine grosse Rolle spielt: Wer die Verjährbarkeit der Einreden behauptet, begründet dies oft damit, dass die Klageverjährung das ganze Recht vernichte; und umgekehrt.

Behält man aber die Fragestellung unseres Themas im Auge, berücksichtigt man die oben gegebene Definition der abgeleiteten Einreden, so ist klar, dass, wenn a priori festgestellt ist: die Verjährung vernichtet das ganze Recht, nun auch keine Exception mehr zustehen kann: denn das Mittel, das Recht zu verfolgen, kann unmöglich länger dauern, als das Recht selbst.

Ob die Verjährung nun diese Wirkung hat, ob sie eine blosse Klageverjährung ist oder, wie Linde[3]) will, eine Rechtsverjährung, oder Wächter[4]) Schuldverjährung, oder Windscheid[5]) Anspruchs-

---

[1]) z. B. Wächter Handb. II S. 819 Nro. 1 u. Note 4; Pand. I § 103 Nro. 1 S. 533 u. § 109 S. 555; Sintenis Civilr. I § 32 Note 39 S. 315/16; Pollack a. a. O. § 8 a. E; Kierulff a. a. O. S. 212, 213 214; Wening-Ingenheim a. a. O. I § 45 S. 117, Nro. 2, Note r; Zachariae a. a. O. IV § 771 Note 1 a. E. S. 583; § 775 S. 598/99 Note 2 i. d. Mitte; Baron Pand. § 92; Seuffert Archiv IX, 253; XXXIII. 279; vgl. Puchta Institut. II § 208 Note y; Eccius a. a. O. I § 57 S 329 Nro. 7; Burckhard a. a. O. S. 597 Abs. 2; Unger a. a. O. II S. 512 u. Note 44; Windscheid Pand. I § 112; Wendt Pand. § 95 a. E.

[2]) Savigny V S. 424 (nicht ganz konsequent S. 428); Unterholzner II § 156 u. 258, denn er nimmt eine zurückbleibende Naturalobligation an, lässt aber abgeleitete Einreden verjähren (Unger S. 512 Note 44 a. E. stellt ihn dagegen unter 1); Linde Prozess S. 207 lässt das ganze Recht untergehen, erklärt aber S. 217 Note 14 abgeleitete Einreden für unverjährbar; Wildhagen S. 11. 17 hält es für unmöglich, die Frage nach der stärkeren oder schwächeren Wirkung a priori zu beantworten.

[3]) Zeitschr. für Civilr. u. Prozess II Nro. 5 § 1

[4]) Handb. II S. 806; vgl. darüber Eccius a. a. O. I § 46 S. 213 Note 10.

[5]) Actio § 7 S 37—38; Pand. I § 106; ebenso Wächter Pand. I § 108 S. 551; Entwurf e. bürgerl. Gesetzb. I. Buch VII Abschn. § 154 ff.; der wechselnde Sprachgebrauch der neueren deutschen Reichsgesetze ist zusammengestellt in den Motiven z. Entw. I S. 290 Note *.

verjährung, oder in der Savigny'schen Formulierung, [1]) ob sie eine Naturalobligation zurücklässt oder nicht, das ist der Gegenstand einer Controverse, die eine so bedeutende Literatur gezeitigt hat, deren Bahnen so ausgefahren sind, dass Schwanert [2]) sagen konnte, die ganze Juristenwelt habe sich in dieser Frage in zwei feindliche Lager gespalten, und Sintenis [3]) meinte, es bleibe nichts übrig, als sich für das eine oder das andere zu entscheiden.

Wir thuen dies zu Gunsten der stärkeren Wirkung, ohne deshalb unsere Aufgabe darin zu sehen, das erschöpfte Streitmaterial dieser Kontroverse in seinem vollen Umfange aufzufrischen; ein summarischer Überblick nur soll ergeben, dass die Verjährung bei Obligationen — nicht bei dinglichen Rechtsverhältnissen — das ganze Recht vernichte, womit dann von selbst mittelbar die Frage, ob noch eine Einrede zustehe, verneint ist; damit ist unsere Aufgabe aber nicht beendet.

Es ist dann zu sehen, was vom entgegengesetzten Standpunkt aus, der eine übrig bleibende Naturalobligation annimmt, für die spezielle Frage hinsichtlich der Einreden folgt, und dann zu suchen, selbständig und direct die letztere Frage zu beantworten.

Stets gilt dabei als primärer Entscheidungsgrund das Gesetz; das positive Recht kann die Frage bejahen oder verneinen auch entgegen etwa aus der Natur der Sache entlehnten Erwägungen; schweigt nun das positive Recht, beziehungsweise zeigen die Gesetzesstellen ein Janusgesicht, und dies ist anerkanntermassen gerade bei der vorliegenden Frage [4]) der Fall, dann kann und wird man secundär seine Zuflucht zu allgemeinen Deduktionen nehmen, die, geschöpft aus den dem Rechte überhaupt und dem Verjährungsinstitute insbesondere zu Grunde liegenden Principien, den Ausschlag geben werden. Hiernach erledigt sich die Ansicht von Dernburg, [5]) welcher als Regel ansieht, „dass Einreden nicht verjähren. Natürlich tritt aber Verjährung der Einreden dann ein, wenn sie das Gesetz vorschreibt".

An sich zutreffend, ist dieser Grundsatz doch ohne Wert, wenn das positive Recht keine bestimmte Entscheidung trifft; und dieses ist eben bezüglich des gemeinen Rechtes der Fall.

---

[1]) a. a. O. V S. 373.
[2]) a. a. O. § 22, S. 453.
[3]) Civilr. I. S. 295 Note 57.
[4]) Allgemein und ausdrücklich findet sich dieselbe in den Quellen nicht entschieden; Reinhardt a. a. O. § 115 will nach einer Angabe von Pollack a. a. O. § 1 — Reinhards Buch war mir nicht zugänglich — in c. 4 C. 739 die Verjährung aller Einreden ausgesprochen finden; seine irrtümliche Ansicht wird von Pollack a. a. O. zurückgewiesen.
[5]) Pand. I § 150.

I. Teil.

Die Wirkungen der Klageverjährung im Allgemeinen.

§ 1.

Auf das dingliche Recht.[1])

Die Frage, ob die dinglichen Rechte durch blosse Extinktivverjährung vernichtet werden, und ob demgemäss noch nach Verjährung der dinglichen Klage eine Einrede zusteht oder nicht, ist kaum jemals Gegenstand eines Streits gewesen; und dies ist erklärlich; denn so lange nicht positive Ersitzung in Frage steht, kann die erlöschende Verjährung für dingliche Rechte offenbar nichts mehr als Klageverjährung sein; ist doch gerade dies die spezifische Eigenschaft des dinglichen Rechtes, dass es nicht in dieser Klage gegen diese Person aufgeht, sondern, ein Complex von „einer unbestimmten Mehrheit von Ansprüchen" (Windscheid a. a. O.) nach Fortfall des einen die übrigen ungeschmälert fortdauern lässt: dieser eine Splitter des dinglichen Rechts, dessen Wirksamkeit gerade diesem Präskribenten gegenüber in der Befugnis aufgeht, ihm die Sache durch Klage wieder abzunehmen, geht durch Verjährung der dinglichen Klage verloren; das Recht als solches erhält sich, denn es geht auf keinen anderen über.

Sollte Löhr, wie Pollack[2]) annimmt, das Gegenteil meinen, so wäre es leicht, ihn ad absurdum zu führen: Wer nämlich nach Verjährung der dinglichen Klage — setzen wir als typischen Fall das Eigentum — Untergang des dinglichen Rechtes statuiert, also des Eigentums, dem bleibt nur folgende Alternative[3]) übrig:

a) Entweder das Eigentum geht von dem ursprünglichen Eigentümer auf den Besitzer über: dann ist der blos negativen

---

[1]) Literatur: Löhr a. a. O. S. 81. 82; Guyet S. 89/90; Vermehren S. 358; Wächter Handb. II S. 819 Note 2; Pand. I § 108 S. 553 Nro. II; Puchta Institut. II § 208 S. 70/71; Wildhagen a. a. O. S. 55; Bruns bei Holtzend. S. 351: Windscheid Pand. I § 112; Dernburg Pand. I § 150, Wendt Pand. § 95 S. 256/57; Heimbach bei Weiske XII S. 656/657; Pollack a. a. O. § 9 S. 43.

[2]) a. a. O. § 9 S. 43 Note 11.

[3]) Puchta a. a. O. S. 70/71.

Funktion der erlöschenden Verjährung schon die positive der erwerbenden (Ersitzung) beigemischt;

oder:

b) man hält den Begriff der nur negativen Verjährung fest und lässt nur das Recht des bisherigen Eigenthümers untergehen. Dann entsteht zunächst einen Augenblick ein Vacuum, die Sache ist herrenlos, da der bisherige Eigentümer sein Recht verloren, der Besitzer keines gewonnen hat; da aber der Besitz des letzteren fortdauert, so würde er in demselben Moment durch Okkupation Eigentum erwerben, d. h. Verjährung und Ersitzung fielen wieder zusammen.

Die Consequenz dieser Ansicht von dem völligen Erlöschen des dinglichen Rechts wäre also stets Identifizierung von Klageverjährung und Ersitzung, wie sie wohl für das französische Recht [1]) gerechtfertigt ist, Ausserachtlassen gerade desjenigen Merkmals, welches den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Instituten im (heutigen) römischen Recht bildet: die Ersitzung ist affirmativ: sie tilgt nicht nur das bisherige, sondern giebt dem Gegner auch das positive Eigentumsrecht; bei der erlöschenden Verjährung herrscht dagegen die Negation: die Klage wird zwar getilgt, aber der Gegner gewinnt kein positives Recht.

Dieses Resultat, zu welchem man schon von dem Wesen des dinglichen Rechtes aus gelangen muss, ist denn auch in den Quellen (c. 8 § 1. 1a. C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39) ausdrücklich hinsichtlich des Besitzes des malae fidei possessor anerkannt.

Die Frage nun, ob aus dinglichen Rechten trotz der blossen Verjährung der Klage eine Einrede zusteht, wird im heutigen römischen Recht nur selten — im Geltungsgebiet des Code civil gar nicht [2]) — praktisch werden, weil das kanonische Recht [3]) den Erfordernissen der Klageverjährung für die Klagen auf Herausgabe fremder Sachen [4]) das der bona fides des Präskribenten hinzugefügt hat, und letzterer dann mit Ablauf der Verjährungsfrist meist ersitzt.

Wohl aber konnte sie im reinen römischen Rechte, wenngleich auch da nur unter eigentümlichen Constellationen, von

---

[1]) Zachariae a. a. O. IV S. 582 Note *.*

[2]) Weil hier mit der Verjährung der Rei vindicatio der Präskribent Eigentum erwirbt: C. c. art. 2262 u. 2180.

[3]) Cap. 5, 20. X. de praescriptionibus 2. 26.

[4]) Ueber die streitige Tragweite des kanonischen Rechtssatzes vgl. Dernburg Pand. I § 149; Windscheid Pand. I § 111 Note 2.

Bedeutung werden, denn der malae fidei possessor erlangte zwar nach 30 Jahren die exceptio temporis, ersass aber nicht das Eigentum, weil er mala fide war: Z. B. der Besitzer leiht nach Verjährung der rei vindicatio die Sache dem Eigentümer, und dieser beruft sich gegen die Rückforderung auf sein Eigentum. [1])

Nach obigen Ausführungen kann der Rückfordernde gegen die exceptio dominii mit einer replicatio temporis nicht durchdringen, da er Eigentum nicht erworben hatte, und das Eigentum des nunmehrigen Beklagten, welches so lange wirkungslos gewesen, durch den Verlust des Besitzes seitens des Präskribenten wieder zu voller Kraft gekommen ist.

Im übrigen wird bei dinglichen Rechtsmitteln die Parteirolle ja durch den Besitz, den Genuss des thatsächlichen Zustandes bestimmt; nur vom Besitzer, Geniesser kann die Einrede erhoben werden; da die Klage nun erst mit Störung des thatsächlichen Zustandes entsteht, so kann diese zu der Zeit, wo eine jener Einreden erhoben wird, ja selbst noch nicht verjährt sein. [2])

§ 2.

Auf das persönliche Recht. [3])

a) Die römischen Quellen.

I. Die Ausdrücke der Quellen, welche von der Klageverjährung und ihrer Wirkung sprechen, sollen, wie man meint, schon direkt ergeben, dass nur die Klage, nicht das Recht vernichtet werde. [4])

Dafür werden namentlich angeführt:

a) Ältere Verjährung:

l. 3 pr. D. de eo per quem factum erit 2. 10; l. 1 § 2 D. de feriis 2. 12; l. 3 § 1 D. eod.; l 4 pr. D. ne quis eum 2. 7; l. 4 D. qui satis dare 2. 8; l. 10 pr. D. si quis cautionibus 2. 11; l. 1 § 1 D. ex quibus causis 4. 6; l. 23 § 3 D. eod.; l. 28 § 4 D. de judiciis 5. 1; l. 10 D. quod falso tutore 27. 6; l. 2 D. de diversis temp. praescr. 44. 3; l. 29 i. f. D. de novationibus 46. 2.

b) Neuere Verjährung:

c. un. C. Theod. 4. 14 vgl. c. 3 C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39; Nov. Valentin. III tit. 27; l. 2 C. de restitut.

---

[1]) Beispiel von Bruns bei Holtzend. S. 352.

[2]) vgl. Wildhagen a. a. O. S. 55.

[3]) Ältere Literatur bei Guyet a. a. O. S. 63, Note 1; und Sintenis bei Zu-Rhein S. 249 Note 9; neuere bei Windscheid I § 112, Note 3; Arndts § 277; und unten das Literaturverzeichnis S. 94 ff.

[4]) Vgl. Guyet S. 76 ff.; Savigny 384; Vermehren 337. 350; Büchel a. a. O. S. 62 ff.; Heimbach i. d. Zeitschrift S. 437 ff.; Dahn a. a. O. S. 14 ff.; Kierulff a. a. O. S. 213. Wächter Handb. II S. 819, Note 2, u. S. 412, Note 2.

milit. 2. 50 (51); l. 1 C. de uxor. milit. 2. 51 (52); l. 2 C. de praescr. 7. 39 („inquietare“: Guyet = verklagen); l. 4 § 1 C. eod.; l. 7 pr. § 1. 4. C. eod.; l. 9 § 1. 2. C. eod.; vgl. cap. 6 i. f. X de praescr. 2. 26.

Gegen diese Art der Deduktion spricht Folgendes:

1. Die schwankenden, unbestimmten Ausdrücke der Quellen können nicht als gewichtiges Argument für die Entscheidung gelten, weil sie von den Juristen und den Kaisern unwillkürlich und ohne Bewusstsein von der uns beschäftigenden Kontroverse gesetzt sind, und es nicht einmal immer sicher ist, dass sie von Verjährung sprechen; oft kann sehr wohl eine obligatio in diem gemeint sein.

2. Will man ihnen aber Beweiskraft beilegen, so stehen ihnen viele andere zahlreiche gegenüber, die unzweideutig die stärkere Wirkung der Verjährung aussprechen, und selbst Gegner geben zu, z. B. Keller,[1]) dass der allgemeine Eindruck, den man von dem Wortlaut der Quellen empfängt, zu Gunsten der stärkeren Wirkung spricht; vgl. z. B.:

a) Ältere Verjährung:

l. 7 (8) pr. D. de negot. gest. 3. 5; l. 25 § 2 D. de H. P. 5. 3; l. 1 § 3 D. quando de peculio 15. 2; l. 45 D. de admin. et peric. tut. 26. 7; l. 6 D. de obl. et act. 44. 7; l. 37 D. de fidej. et mand. 46. 1.

b) Neuere Verjährung:

c. un. C. Theod. 4. 14 vgl. mit c. 3 C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39; Nov. Valent. III tit. 27; c. 4 § 1 C. 7. 39; c. 9 C. eod.

Wenn man einwenden wollte, auch die Verteidiger der stärkeren Wirkung dürften sich nicht auf solche Quellenstellen berufen, weil obligatio oft für actio stehe, so ist einerseits zu erwidern, dass auch actio oft für obligatio steht,[2]) es also gar nicht ausgeschlossen ist, dass die Juristen, selbst wo sie vom Erlöschen der actio reden, Vernichtung der ganzen Obligation meinen; andrerseits übersieht man, wie Dahn[3]) betont, dass, wenn die Stellen von actio sprechen und obligatio meinen, nur a potiori fit nominatio, die Seele des Rechtes, die Klage, für dieses selbst gesetzt wird, die Stellen also höchstens unvollständig sprechen; sie sprächen

[1]) Pand. § 89 S. 179.

[2]) z. B. in l 49 D. 50. 16; l 91 D. eod.: l 59 D. de leg. III; l 34 pr. D. 34. 2, vgl. Wächter Handb. II S. 412, Note 2; Pand. I § 103 S. 539, Note 3, vgl. weitere Stellen bei v. Vangerow Pand. I § 151 c, S. 233.

[3]) a. a. O. S. 15. 16.

aber geradezu falsch, wenn sie obligatio, als das umfassendere, sagten und actio, als das geringere, meinten.

3. Die Interpretation, welche die erstgenannten Stellen für die schwächere Wirkung sprechen lässt, ist nicht immer unanfechtbar; dass z. B. inquietare in c. 2. C. 7. 39, wie Guyet will, durchaus „durch Klage beunruhigen, verklagen" heissen muss, ist nicht ganz einzusehen; Guyet erklärt überhaupt den Wortlaut, der gegen ihn spricht, für „Bombast", „Pleonasmus", „leere Floskeln" oder für beiläufige Aeusserungen,[1]) stützt sich aber vielfach auf dieselben Stellen, in denen er, sobald sie für ihn zu sprechen scheinen, sehr sachgemässe Aussprüche findet.

II. Inhaltlich beweisende Quellenstellen. Das hauptsächlichste Argument der Gegner ist der 40jährigen Verjährung der dinglichen Pfandklage entlehnt, die sich in folgender Stelle ausgesprochen findet:

a. l. 7 § 1 C. de praescr. XXX vel. XL. ann. 7. 39.
vgl. mit c. 2. C. de luit. pign. 8. 30 (31).[2])

Quamobrem iubemus hypothecarum persecutionem . . . non ultra XL annos, ex quo competere coepit, prorogari . . . . in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia; und

Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

Die actio hypothecaria besteht noch 10 Jahre nach Verjährung der Schuldklage fort; das, meint man, sei nicht möglich, ohne dass nicht eine Naturalobligation zurückbleibe, an welche jene sich anlehne; dann aber könne aus der Fortdauer der Pfandklage rückwärts geschlossen werden, dass nach Verjährung der persönlichen Klage eine Naturalobligation übrig bleibe.

Die gegen diese Auslegung unternommenen Erklärungsversuche liefen in älterer Zeit darauf hinaus, das Fortbestehen des Pfandrechts überhaupt zu leugnen,[3]) oder der in Frage stehenden Schuld ein ganz eigentümliches Gepräge zu geben: sie als eine

---

[1]) a. a. O. S. 82/83. 84. 85.

[2]) Literatur: Donellus Comm. jur. civ. lib. XVI cap. 26 § 9; comm. in Cod. in C. 2. C. de luit. pign. 8. 30 (31); Heimbach in d. Zeitschr. S. 457 ff; Büchel S. 40 ff; Vermehren S. 357; Savigny V 386 ff; Dahn S. 35 ff; Bekker in s. Jahrb. IV S. 417 ff; Schwanert S. 455; Guyet 88; Kierulff S. 213 note *** a. E; Löhr 82 ff; Sintenis bei Zu-Rhein 283 ff; Unterholzner II S. 310; Dernburg Pfandr. II S. 577 ff; Derselbe Pand. I § 150; § 291 S. 693/94 vgl. note 5; Windscheid I § 112. 225; Francke a. a. O. S. 78 ff; v. Vangerow I § 151 Nro 6.

[3]) Löhr a. a. O.

von vornherein bestehende Naturalobligation,[1]) oder als in ihrer Verjährung durch Ausstellung eines Schuldscheins oder Anerkennung der unerfüllt gelassenen Schuld gehemmt darzustellen,[2]) bis dann Büchel[3]) diese Deduktionen zwar aufgab, aber den Rückschluss von der Fortdauer der Pfandklage auf das notwendige Weiterbestehen einer Naturalobligation siegreich mit Unterstützung der einschlägigen Stellen des prätorischen Edikts[4]) widerlegte:

Die Fortdauer des Pfandrechts fand nicht statt wegen einer restierenden Naturalobligation, sondern die Fortdauer der Naturalobligation wegen des Pfandrechts und nicht weiter; dies ergiebt schon der Wortlaut: remanet propter pignus naturalis obligatio;[5]) die Annahme der Naturalobligation ist also nur eine „theoretisch vermittelnde" (Windscheid a. a. O.) mit nur „constructivem Werte" (Wendt).[6])

Hält man mit diesem Grundsatz, der im Wesentlichen von der heute herrschenden Meinung angenommen ist,[7]) das stärkste Bollwerk der Gegner für beseitigt, dann erledigt sich, damit in Verbindung gebracht, leicht die c. 2. C. 8. 30 (31), ohne dass man mit Donellus[8]) energisch aber willkürlich statt „durare" „non durare" zu lesen braucht.

b) l. 37 D. de fidej. et mand. 46. 1.[9])

Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

Hier wird die Zulässigkeit einer Bürgschaftsbestellung nach Ablauf der Verjährung, und damit das Dasein einer Natural-

---

[1]) Heimbach a. a. O; ähnlich Linde Prozess § 156 S. 207 Note 12.
[2]) Donellus lib. XVI cap. 26 § 9; Kierulff a. a. O.
[3]) a. a. O.
[4]) vergl. Arndts Pand. § 278 Note i a E: Die Formel, vgl. § 391 Note S. 731; ferner: c. 3. C. 8. 30 (31): . . actione proposita pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur . . ., ferner l 19 § 2 C. 4. 32; l 13 § 4 D. 20. 1: . . suas condiciones habet hypothecaria actio. . .
[5]) Dagegen Savigny V, 392 ff; gegen ihn Dahn S. 39—41, u. Bekker IV, 417—424.
[6]) Pand. § 95 S. 257, vgl. Grawein a. a. O. S. 145 „beneficium von Pfandrechts-Gnaden".
[7]) vgl. z. B. Windscheid I § 112 n. 5, § 225 Nro. 2; v. Vangerow I § 151 S. 237; Arndts § 391 Note; Wendt Lehrb. § 95 S. 257; dagegen namentlich Dernburg Pfandr. II S. 578/79, Pand. I § 291, II § 5 Note 11; Schwanert S. 455.
[8]) Comm. in h. l.
[9]) Literatur namentlich: Savigny V S. 398, Schwanert 457; Heimbach 446; Guyet 76; Büchel 66; Vermehren 338; Weber Naturalobl. 356/57; Unterholzner II, 312. 313; Sintenis bei Zu-Rhein 267; Sommer 20; Dahn 26 ff; Bekker 429/30; Puchta Vorles. Anh. VI S. 471; Ryck S. 41. Note 6; Francke 73.

obligation, die ja zur Bürgschaftsbestellung ausreicht,[1]) so entschieden verneint, dass — will man die Stelle überhaupt von der Verjährung verstehen — die gegenteiligen Erklärungsversuche als vergeblich zu betrachten sind; diese wollen den Grund der Entscheidung teils in dem error, dem Irrtum über den eingetretenen Ablauf der Verjährung, teils darin suchen, dass die lex citata von einer obligatio ad diem rede, die nach l. 44 D. 44. 7. beurteilt werde.[2])

Denn, dass der Schuldner in errore die Bürgschaft bestellte, ist selbstverständlich, da eine mit Bewusstsein des Verjährungsablaufs bestellte fidejussio als Anerkennung der Schuld diese wieder hätte aufleben lassen; eine obligatio ad diem ist hier nicht leicht zu unterstellen, da ein error bei einer solchen wohl nur schwerer vorkommen konnte als bei der Verjährung; nimmt man sie an, so beweist dieses Fragment weder die stärkere noch die schwächere Wirkung.

c) l. 25 § 1. D. ratam rem haberi. 46. 8.[3])

Procurator cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit: deinde post tempus liberato iam debitore dominus ratam rem habet. posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum, iam debitor liberatus sit . . . .

Die Zahlung an einen unbevollmächtigten Procurator wird für ungültig erklärt, und dem Schuldner eine Klage auf Rückforderung gegeben, wenn die Genehmigung des dominus erst nach abgelaufener Verjährung erfolgt, post tempus liberato iam debitore; daraus folgt, dass das debitum schon völlig erloschen, und keine Naturalobligation zurückgeblieben ist, da sonst die Ratihabition wirksam wäre, und keine condictio indebiti gegeben werden könnte.

Auch dieser Entscheidung wollen die Gegner durch Annahme einer obligatio ad tempus, die allerdings denkbar ist, oder auch durch Heranziehung der lex Furia, wie namentlich Savigny, ausweichen; dass diese letztere, „der besondere Liebling Savignys“ (Bekker a. a. O.) für unsere Frage, abgesehen von sonstigen gegen ihre Heranziehung sprechenden Einwänden,[4]) mit dem von ihm eingenommenen Standpunkt[5]) in völligem Widerspruch steht, weist

[1]) § 1 J. 3, 20; l 16 § 3 D. 46. 1; l 60 D. eod.

[2]) Noch anders interpretiert Savigny S. 398/99, gegen ihn Bekker im Jahrb. IV S. 429/30.

[3]) Literatur namentlich: Savigny V 405 (p.); Schwanert 458; Bekker im Jahrb. IV 432; Dahn 32. 33; Heimbach i. d. Zeitschr. 449 ff; Büchel 73. 74; Ryck a. a. O. S. 41 Note 6; Dernburg Pfandr. II 588.

[4]) vgl. Dahn S. 32.

[5]) vgl. unten S. 21. c.

Bekker [1]) nach; und so räumen denn auch Gegner, z. B. Dernburg, [2]) die Beweiskraft der Stelle für die stärkere Wirkung ein.

d) l. 38 § 4 D. de solut. et liberat. 46. 3. [3])

Si quis pro eo reverso fide iusserit, qui, cum rei publicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occidit.

Hier ist wegen absentia rei publicae causa der Hauptschuldner, doch wohl infolge Verjährung, von der gegnerischen Klage befreit worden, und nach seiner Rückkehr hat ein Dritter Bürgschaft für ihn geleistet; quaeritur: ist nach Ablauf eines Jahres seit der Rückkehr, während dessen die Restitution gegen die Verjährung zulässig war, der Bürge frei?

Julian sagt zunächst: nein; diese fortdauernde Haftung des Bürgen ist aber nicht, wie die Gegner meinen, Folge einer restierenden Naturalobligation; denn, wie diese selbst, so wäre auch die Verbürgung für eine solche perpetua, und es könnte daher auch nicht von einer Befreiung des Bürgen nach Ablauf der Restitutionszeit gegen den Hauptschuldner und nicht von einer Restitution des Gläubigers gegen den Bürgen die Rede sein, wie es thatsächlich geschieht; jene Haftung ist vielmehr daraus zu erklären, dass die gemäss l. 1 § 1 D. 4. 6. dem Gläubiger zu gewährende Restitution ex capite absentiae demselben zwar nicht mehr gegen den Hauptschuldner zusteht wegen Ablaufs des annus utilis, innerhalb dessen der Gläubiger die Restitution nachzusuchen versäumt hatte; ob er aber auch gegen den Bürgen keine Restitution mehr erlangen könne, [4]) das soll davon abhängeu, ob auch gegen diesen der annus utilis schon verstrichen sei oder nicht; et si quidem experiundi cum fidejussore potestas non fuit d. h.: wenn der Gläubiger gegen den Bürgen Restitution nachzusuchen nicht Gelegenheit gehabt, dann, sagt Julian — und dem stimmt Afrikan bei — soll er dieselbe erhalten, d. h. eben: die für die verjährte Forderung übernommene Bürgschaft muss nichtig sein, also nach Verjährung der Forderung keine Naturalobligation übrig

---

[1]) S. 432.

[2]) Pfandr. II. S. 588.

[3]) Literatur: Savigny S. 400 (h); Dahn 29; Heimbach i. d. Zeitschr. 444; Büchel 68 ff.; Schwanert 459; Bekker im Jahrb. IV. 431 ff.; Ryk a. a. O. S. 41 Note 6; Brinz Pand. I § 113 S. 395.

[4]) Vor Justinian hafteten der Hauptschuldner und Bürge correaliter.

bleiben; denn sonst wäre die Bürgschaft nicht nichtig, und der Gläubiger bedürfte keiner Restitution.

e) l. 29 § 6 D. mandati vel contra 17. 1 und l. 69 D. de fidej. et mandat. 46. 1.[1])

Diese Stellen, welche den vorigen anscheinend widersprechen, verlieren ihre Gefährlichkeit, wenn man sie mit Heimbach und Büchel auf eine ad certum tempus bestellte Bürgschaft bezieht, oder, die erstere mit Francke, Savigny, Dahn aus der lex Furia, die in der letzteren statuierte Fortdauer der Bürgschaft nicht aus einer Naturalobligation, sondern, wie z. B. Dahn, Brinz aus dem Wesen der tutela erklärt.

Präciser findet sich die stärkere Wirkung der Verjährung ausgesprochen in einer Stelle, auf welche namentlich Demelius [2]) und Windscheid [2]) das stärkste Gewicht legen:

f) l. 18 § 1 D. de pecun. const. 13. 5.[3])

Quod adicitur: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse", interpretationem pleniorem exigit, nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.

a) Ein zur Zeit der Giltigkeit der Obligation eingegangenes Constitut soll auch giltig sein, wenn es die Obligation nicht mehr sei, so auch, wenn dies temporalis actionis exierit;

b) giltig sogar, wenn es auf einen nach Untergang der Obligation fallenden Zeitpunkt hin gerichtet war.

Im letzten Satze liegt, wie Savigny zugiebt, stillschweigend ausgesprochen, dass nach Aufhören der Obligation ein giltiges Constitut nicht mehr geschlossen werden kann, und dies spricht natürlich gegen die Annahme einer übrig bleibenden Naturalobligation.

---

[1]) Savigny S. 400 (h); Dahn S. 30. 31; Büchel 71; Heimbach i. d. Zeitschrift 446. 447; Francke 74; Brinz Pand. I. S. 395.

[2]) s. Anm. 3.

[3]) Namentlich: Savigny S. 400 ff.; Demelius a. a. O. 73—76; Sommer S. 19; Schwanert 468; Unterholzner II. S. 313; Dahn 31. 32; Bekker im Jahrb. IV. 427; Büchel 61. 73 u. Note 182, Ryck S. 41 Note 6; Puchta Vorles. Anh. VI. S. 473; Windscheid Pand. I. § 112 Note 5 a. E.

Dass der erste Satz nicht notwendig aus der Fortdauer einer Naturalobligation und als eine Ausnahme von der sonstigen stärkeren Wirkung der Verjährung zu erklären sei, wie es Büchel thut, ergiebt sich, wenn man mit Demelius den im Satze a) konstatierten Erfolg aus den Ediktsworten: „eamque pecuniam u. s. w." ableitet, da eine plenior interpretatio dieser Worte dazu führt, nicht nur, dass zur Zeit des Abschlusses ein debitum existiert haben müsse, sondern dass es für die Giltigkeit des Constituts genüge, wenn nur beim Abschlusse jenes Requisit vorhanden gewesen sei.

Dass die lex citata, wie ein Teil der Gegner und z. B. auch Sommer will, von einer obligatio ad tempus zu verstehen sei, lässt sich nicht gut mit dem Ausdruck „temporali actione obligatum" vereinen; man muss vielmehr, „wie es kaum anders möglich ist" (Windscheid a. a. O.) Verjährung annehmen, und dem stehen nach Demelius' Ausführungen auch nicht die von Savigny geäusserten Bedenken entgegen.

Gar nicht in Betracht kommen an dieser Stelle die gegnerischen Argumente, welche, gestützt auf

g) l. 5 § 6 D. 44. 4; l. 5. 6. C. 8. 36 u. s. w.

die darin angeblich ausgesprochene Unverjährbarkeit der Einreden als Grund für das Uebrigbleiben einer Naturalobligation ins Feld führen.

§ 3.

b) Die Theorieen der schwächeren Wirkung.

I. Die Anhänger der schwächeren Wirkung der Verjährung haben sich nicht damit begnügt, aus einzelnen Äusserungen der Quellen Schlüsse auf die Fortdauer einer Naturalobligation zu ziehen, sondern haben vielfach nach allgemeinen Regeln gesucht, welche ihre Ansicht generell begründen sollen.

a) Donellus [1]) wollte zwischen Klagen unterschieden wissen, welche durch das sie einführende Gesetz selbst, wie die prätorischen Annalklagen, und solchen, die erst durch spätere Gesetze der Verjährung unterworfen seien: bei den ersteren trete die Aufhebung der Klage ipso jure ein, bei den letzteren per exceptionem.

Sind nun auch dieser Ansicht, deren Unzulänglichkeit Savigny [2]) an den Beispielen der prätorischen Annalklagen, der S. C. Vellejani und Macedoniani gezeigt hat, einige Juristen, wenn auch mit manchen Abweichungen, gefolgt, wie Schröter, [3]) Brinz, [4])

[1]) Donellus Comm. jur. civ. lib. XVI. cap. 8 § 21; lib. XXII. cap. 2 § 18.
[2]) V. S. 372.
[3]) Nach Angabe von Pollack a. a. O. § 9 S. 41 Note 4.
[4]) Pand. I. § 114 S. 395. 404 ff.; II. § 220 S. 49 Note 26.

Demelius,[1]) früher endlich auch Dernburg,[2]) so hat man sich doch vielfach nach einem prägnanteren Grundsatz zur Entscheidung umgesehen und glaubte denselben in folgender Regel gefunden zu haben.

b) l. 19 pr. D. 12. 6; l. 40 pr. D. eod; l. 9 § 4 D. 14. 6; Exceptionen, die odio creditorum eingeführt sind, sollen die schwächere, die in favorem debitorum die stärkere Wirkung hervorbringen.

Wie unzuverlässig diese Regel überhaupt ist, zeigt das von Savigny[3]) angeführte Beispiel der exceptio metus; wie unsicher und schwankend gerade für die vorliegende Frage, geht daraus hervor, dass sowohl die Verfechter wie die Gegner der schwächeren Wirkung sich auf sie berufen, je nachdem sie die exceptio temporis als in odium creditoris[4]) oder in favorem debitoris eingeführt auffassen.

c) Für die praktische Anwendung nicht viel konsequenter ist die von Savigny[5]) aufgestellte Regel, die davon ausgeht, dass die Naturalobligation ihre Wurzel im Jus gentium habe; daher sei zu erwarten, dass zwar Exceptionen, die im Jus gentium gegründet seien, auch die Naturalobligation zerstören, die im Jus civile wurzelnden, wie die exceptio temporis, dagegen Raum für eine Naturalobligation übrig lassen werden.

Von diesem Grundsatz lässt Savigny nur eine einzige, aber „mit Bewusstsein" vorgeschriebene Ausnahme zu, das S. C. Vellejanum, welches — in Exceptionsform —, obwohl rein civilrechtlichen Ursprungs, dennoch die Naturalobligation zerstöre.

Diese Savigny'sche Regel hat indessen so häufige Widerlegung gefunden, dass eine Verweisung auf die einschlägigen Schriftsteller genügt[6]) und dass sie in dieser Form nicht wieder erneuert ist;

d) doch scheint die Ansicht von Ryck,[7]) der, obwohl auch ihm die früher angeführten Quellenstellen nicht von einer Naturalobligation sprechen, dennoch eine solche nach Verjährung der

---

[1]) a. a. O. § 9. 10 S. 60. 82. 104. 106. Abs. 2. 107 (§ 13); gegen ihn namentlich Bekker im Jahrb. IV. 424—436.

[2]) Pfandrecht II. 587; Anders Pand. I. § 150.

[3]) V., 377; vgl. l. 65 § 1 D. 12. 6; l. 7 D. 12. 5; vgl. ferner Dernburg Pand. II. § 5, S. 13.

[4]) Dass diese Auffassung unstatthaft, darüber unten § 8.

[5]) V. S. 378.

[6]) vgl. Heimbach b. Weiske XII. S. 660, Sintenis Civilr. I. S. 303 Note 57; Bekker in s. Jahrb. IV, 414 ff.; Dahn a. a. O. S. 44/45; Wächter Handb. II. S. 502 Note 18, Pand. I, S. 543 Beil. I Nro. 3.

[7]) a. a. O. S. 41. 42.

Klage annimmt, auf etwas Ähnliches hinauszulaufen: „Die Klageverjährung als ein rein positiv-rechtliches Institut kann deren Bestand (sc. der Naturalobligation) nicht alterieren; das gilt sowohl von der Klageverjährung des älteren als des neueren Rechtes".

Was oben gegen Savigny [1]) geltend zu machen war, spricht auch gegen ihn; die Scheidung einer jeden Obligation in civile und naturale Elemente kann eben zu einer sicheren Entscheidung nicht führen, so lange es „rein positiv-rechtliche Institute" wie die exc. S. C. Vellejani, exc. legis Cinciae giebt, die dennoch die Naturalobligation zerstören, und der Verjährung nicht ausdrücklich eine andere Wirkung zugesprochen ist.

II. Für die schwächere Wirkung werden ferner analogische Argumente geltend gemacht:

a) Auch die Einrede aus dem alten analogen Institut der Prozessverjährung lasse eine Naturalobligation übrig; es sei nicht einzusehen, warum nicht auch die Klageverjährung diese Wirkung haben sollte. [2])

Indessen steht diese schwächere Wirkung der Prozessverjährung durchaus nicht so fest, [3]) dass sich die Gegner darauf mit Sicherheit stützen könnten; andrerseits ist klar, dass bei der Verschiedenheit dieses Institutes von dem der Klageverjährung [4]) die Analogie des ersteren ebenso wenig den Ausschlag geben kann, wie diejenige der dinglichen Klagen.

b) Die Gegner [5]) meinen, weil bei diesen die Verjährung nicht das ganze zu Grunde liegende Recht vernichte, so läge gar kein Grund vor, bei Obligationen eine andere Wirkung anzunehmen.

Dass aber die Trennung von Recht und Klage bei dinglichen Rechtsverhältnissen, bei welchen die actio nur ein Schutzmittel, nur die Erscheinungsform eines der mannigfachen Ansprüche ist, welche in ihrer Gesamtheit das dingliche Recht ergeben, ebenso gerechtfertigt ist, wie sie bei persönlichen Rechten, deren eigentliche Seele die actio bildet, unberechtigt wäre, ergiebt sich klar aus der Verschiedenheit dieser beiden Arten von Rechten.

---

[1]) vgl. vorige Seite.

[2]) Namentlich Francke 74 ff.; Savigny V. 379.

[3]) Linde z. B. in s. Zeitschr. II. S. 153 ff., namentlich 186—90, schreibt ihr die stärkere Wirkung zu; ebenso Büchel S. 46: vgl. Puchta Institutionen II § 268 S. 334 Note f.

[4]) vgl. Schwanert S. 436 Anm. 43.

[5]) Namentlich: Rosshirt Abhandl. S. 163, und Civilr. 1 § 44 S. 78; Savigny V. 380; Puchta Vorles. § 92 S. 211/12.

Dagegen namentl.: Vangerow a. a. O. I. § 151 S. 234; Dahn 41. 42; Bekker im Jahrb. IV. 413.

III. Endlich macht Savigny [1]) noch nach dem Vorgange von Göschen [2]) geltend: wenn für eine ursprüngliche Naturalobligation keine Verjährung eintrete, so sei es doch grundlos und unnatürlich, den Gläubiger, der durch Verjährung seine Klage verloren hat, in eine nachteiligere Lage zu versetzen, als denjenigen, der niemals eine hatte.

Das ist es offenbar nicht; [3]) es ist vielmehr ein Ausfluss der Billigkeit, dass, wer mit schwächeren Kräften begabt ist und einer Klage ermangelt, mehr geschützt werden muss, als, wer sich sein Recht selbst holen und offensiv vorgehen kann.

IV. Die weiteren Argumente aus dem Begriff und Zweck der Verjährung, welche für die schwächere Wirkung angeführt werden, werden unter den allgemeinen Gründen des zweiten Teiles ihren Platz finden. [4])

V. Ergiebt sich somit das Resultat, dass die schwächere Wirkung der Verjährung durchaus nicht oder doch nur sehr unsicher in den Quellen begründet ist, diese vielmehr nach der richtigen Auslegung zu Gunsten der gegenteiligen Ansicht sprechen, so wird dieses Ergebnis noch dadurch bestärkt, dass es eine entschiedene Anomalie wäre, solange nicht positiv das Übrigbleiben einer Naturalobligation statuiert ist, eine solche anzunehmen; denn:

1) Die Naturalobligationen haben überhaupt, wie Wendt [5]) betont, ihrem ganzen Wesen nach etwas Auffälliges und Anomalisches: so lange sie nicht ausdrücklich festgestellt sind, muss man daher schon aus diesem Grunde die stärkere Wirkung verteidigen.

2) Die exceptio temporis ist anerkanntermassen eine exceptio perpetua sive peremtoria; wenn durch eine solche blos die Klage und nicht das Recht zerstört würde, so wäre dies eine entschiedene Abweichung von ihrer regelmässigen Wirkung, die eben darin besteht, den gesamten Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten zu vernichten: darum wird in den Quellen nur Derjenige creditor genannt, dem keine exceptio peremtoria entgegensteht, [6]) obligatus, nur wer keine solche exceptio hat; [7]) nicht aber heisst Derjenige debitor, dem eine solche exceptio zur Seite

---

[1]) V. 380.
[2]) a. a. O. I. § 154 S. 446 Nro. 3.
[3]) vgl. Heimbach b. Weiske XII. S. 660; Dahn S. 43; Bekker im Jahrb. IV., 412.
[4]) s. unten S. 50 ff.
[5]) Pand. S. 257 § 95.
[6]) l. 42 § 1 D. 44. 7; l. 10 D. 50. 16; l. 55 D. eod.; l. 13. D. 50. 17.
[7]) l. 20. § 3. D. 40. 12.

steht,[1]) und Obligationen, welche sich eine exceptio perpetua gegenüber haben, heissen inanes[2]) oder quasi nullae;[3]) es findet sich aber keine Stelle, in welcher von einer Ausnahme, die etwa die exceptio temporis von dieser Funktion der exceptiones perpetuae machte, gesprochen würde.

Dieses Argument, das namentlich von Löhr[4]) mit Unterstützung der oben angeführten Quellenstellen geltend gemacht und von Wächter,[5]) stark betont wird und welches, wie Windscheid[6]) hervorhebt, die Verteidiger der stärkeren Wirkung eigentlich eines weiteren Beweises für ihre Ansicht überhebt, wird von den Gegnern[7]) dadurch umgangen, dass sie von jenem Grundsatz nicht etwa eine Ausnahme hinsichtlich der exc. temporis nachweisen, sondern ihn nur auf diejenigen Exceptionen beziehen wollen, die dem Rechte, nicht blos der Klage entgegenstehen: offenbar eine petitio principii; denn es fragt sich ja gerade, zu welcher von beiden Exceptionsarten die exceptio temporis gehöre; oder nur auf diejenigen, welche in favorem debitorum eingeführt seien; die exceptio temporis aber, als in odium creditorum gegeben, lasse eine Naturobligation zurück.

Die Würdigung dieses letzteren Arguments bleibt den allgemeinen Gründen des zweiten Teils.[8])

§ 4.

c) Vermittelnde Theorieen.[9])

I. Hat sich nach den bisherigen Ausführungen ergeben, dass die exceptio temporis keine Naturobligation übrig lasse, so folgt auch von selbst, dass die Mittelmeinungen, welche bald das eine bald das andere annehmen, unbegründet sind.

Die Unterscheidungen zwischen den einzelnen Wirkungen, die man der restierenden Naturalobligation auf der einen Seite zuerkennen, auf der anderen absprechen will, beruhen einmal auf der grösseren oder geringeren Beweiskraft, welche gerade dieser oder jener Quellenstelle zugeschrieben wird; andrerseits auf

---

[1]) l. 108 D. 50. 16; l. 66 D. 50. 17.
[2]) l. 8 § 9 D. 16. 1; l. 95 § 2 D. 46. 3.
[3]) l. 25 D. 45. 1; l. 7 § 8 D. 4. 3; l. 112 D. 50. 17. Vgl. ferner l. 5 § 1 D. 19. 1; l. 2 § 3. 4. D. 39. 5; l. 112. D. 50. 17; ferner die bei Wächter Handb. II. 502 Note 18 citierten.
[4]) S. 73.
[5]) Handb. II. § 119 Note 2; S. 502 Note 18; Pand. I. S. 534, Beil. I Nro. 3; vgl. Wening Ingenheim a. a. O. I. § 43 S. 109.
[6]) Pand. I. § 112 Note 5.
[7]) z. B. Guyet S. 72.
[8]) s. unten § 8.
[9]) Aufgeführt bei Windscheid I § 112, Arndts Pand. § 277. Note.

praktischen Gründen; warum man aber von diesem Standpunkt aus sich einer solchen Inkonsequenz befleissigt, dass z. B. Keller[1]) die restierende Naturalobligation zu Allem, blos nicht zur Bürgschaft, zum Constitut und aus inneren Gründen zur Conpensation, oder wie Bekker[2]) und Schwanert[3]) zu nichts tauglich sein lässt, als zur ferneren Verhaftung von früher bestellten Bürgschaften und Pfändern, oder wie Unterholzner[4]) und Mühlenbruch[5]) sie nur nicht für kompensabel gegen später entstandene Forderungen,[6]) sonst aber zu jeder rechtlichen Wirksamkeit für geeignet hält, das ist nicht recht einzusehen, da praktische Gründe für, beziehungsweise gegen das eine wie das andere gleich stark sprechen.

II. Das Ergebnis der bisherigen summarischen Betrachtung ist folgendes:

1) Bei dinglichen Rechten vernichtet die Verjährung, sofern sie blosse Extinktivverjährung ist, nur die Klage, nicht das dingliche Recht;

2) Dagegen bei persönlichen Rechten wird durch die Klageverjährung das ganze Recht zerstört; es bleibt kein Residuum zurück, aus welchem noch eine Exception abgeleitet werden könnte.[7])

Der letztere Schluss ergiebt sich, wie bereits in der Einleitung ausgeführt wurde, mit zwingender Notwendigkeit: wenn das Recht erloschen ist, so ist damit auch die Existenzbedingung der Einrede, welche eben dieses Recht geltend machen wollte, verneint.

III. Darnach erledigt sich auch die von Savigny s. g. dritte Klasse[8]) („Klage ohne Exception"), die, wie er selbst zugiebt, daraus beantwortet werden muss, ob eine Naturalobligation zurückbleibt oder nicht.

Als dritte Klasse stellt Savigny nämlich diejenigen Fälle auf, in welchen der in seinem Recht Verletzte, der ein Klagerecht hat,

---

[1]) Pand. § 89 S. 180.
[2]) im Jahrb. IV, 418 ff; 433 ff. 436.
[3]) a. a. O. § 22 S. 462/63.
[4]) a. a. O. II § 258 S. 314; unbegreiflich und grundlos finden diesen Schritt Unterholzners Rosshirt-Abhandl. S. 166; Puchta Pand. § 92, Note kk.
[5]) Doctr. Pand. II § 481 S. 503; u. Lehrbuch II § 481 S. 551.
[6]) So auch Dernburg Compensation S. 472/73, Pand. II § 5 Note 11.
[7]) Zu demselben Ergebnis gelangt vom nationalökonomischen Standpunkte aus Dankwardt: Nationalökonomisch-civilistische Studien (Leipzig 1862) S. 44.
[8]) V. S. 428.

in einer solchen Lage sich befindet, worin der Gegner keine Klage gegen ihn, also auch er keine Exception gegen Jenen anwenden kann; erst nach vollendeter Klageverjährung ändern sich die Thatsachen so, dass der Gegner eine Klage gegen ihn erwirbt, und nun von seiner Seite eine Exception gedacht werden könnte, deren Verjährung jetzt in Frage kommt.[1])

Klarer noch als bei der bisher besprochenen Art der konkurrierenden Einreden zeigt es sich hier, dass von der eben behandelten Kontroverse alles abhängt: denn in den früheren Fällen war die Möglichkeit zur Vorschützung einer Einrede während des ganzen Laufes der Verjährungszeit gegeben; hierdurch hätte man sich täuschen lassen und glauben können: die Exception stehe neben der Klage; verjährt nun diese letztere, so ist dem zu Grunde liegenden Rechte zwar die Möglichkeit genommen, künftighin Effekte hervorzubringen, die einmal begründete Exception aber bleibe bestehen.

Von einem gleichzeitigen Nebeneinanderstehen von Klage und Einrede kann aber, wie schon die Einleitung ausführte, im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden; da Einreden vielmehr ein gegenwärtiges Recht fordern,[2]) auf das sie sich stützen können, kann es sich nur darum handeln, ob dem Rechte durch Verjährung die Möglichkeit genommen ist, eine Exception zu erzeugen, ob der Berechtigte, wenn gegen ihn geklagt wird, ein gegenwärtiges Recht hat, auf welches er eine Exception stützen kann; das vermag er natürlich, solange seine Klage nicht verjährt ist, denn solange ist auch das Recht vorhanden; er kann es nicht, wenn die Klage verjährt, d. h. das Recht vernichtet ist.

Bei der s. g. dritten Klasse aber kann jene Auffassung garnicht entstehen, da hier die Exception wegen der eigentümlichen Beschaffenheit der Fälle erst nach Verjährung der Klage gedacht werden kann; hier ergiebt sich also von selbst, dass mit der stärkeren Wirkung der Verjährung die Möglichkeit einer Exception ohne weiteres verneint ist.

Die Aufstellung dieser Art von Fällen als einer besonderen Klasse ist aber entbehrlich, wenn man, wie es geschehen muss, auch die übrigen Fälle („Klage und Exception") nach demselben Princip entscheidet.

[1]) Beispiel a. a. O. S. 428.
[2]) Linde Prozess § 161 S. 216.

§ 5.

d) Das Verhältnis der etwa restierenden Naturalobligation zur Einrede.

I. Der Zusammenhang zwischen den beiden Controversen von der Wirkung der Klageverjährung und der Verjährbarkeit der (abgeleiteten) Exceptionen, so stark er von mancher Seite betont wird, ist von Anderen nicht blos in Abrede gestellt,[1]) sondern von Savigny[2]) ist sogar die ganze Formulierung der Frage nach der Verjährungswirkung angefochten worden:

Die Fassung nämlich, ob nur die Klage oder das ganze Recht untergehe, sei hinsichtlich der daraus resultierenden Folgen, also auch hinsichtlich der Frage nach der Einredenverjährung, verderblich, da die Verjährung nur per exceptionem wirke, eine Aufhebung per exceptionem aber das Schicksal einer eventuell übrig bleibenden Naturalobligation unentschieden lasse; es müsse daher heissen: bleibt eine Naturalobligation übrig oder nicht?

Dass indessen die Verjährung nur ope exceptionis wirke, ist kaum jemals bezweifelt worden; dieser Umstand hat aber, wie Windscheid[3]) und Unger[4]) hervorheben, auf die Tragweite jener Wirkung keinen Einfluss, da die Frage eben dahin geht, ob die exceptio temporis nur die Klage oder das ganze Recht treffe, und dieser Frage ist durch die ihr von Savigny gegebene Formulierung, welche das Hauptgewicht auf die Naturalobligation legt, gerade im Hinblick auf das vorliegende Thema keine vorteilhaftere Fassung gegeben.

Denn die Naturalobligation ist, wie Wildhagen[5]) mit Recht hervorhebt, nach den neueren Untersuchungen von Schwanert,[6]) Brinz,[7]) Bekker,[8]) Keller[9]) u. A. durchaus kein fester, einheitlicher, einen bestimmten rechtlichen Inhalt umfassender Begriff, welcher über die rechtliche Wirksamkeit des in ihm Enthaltenen wirklich positiven Aufschluss gäbe, sondern er ist nichts, als ein Name zur Bezeichnung von Rechtsverhältnissen, die der normalen Wirksamkeit, insbesondere der Klage,[10]) ermangeln; jener Begriff

---

[1]) s. oben S. 9 Note 1 und 2.
[2]) V. 378.
[3]) Actio S. 37 § 7 Note 3.
[4]) a. a. O. II S. 437 § 122.
[5]) a. a. O. S. 18. 19.
[6]) a. a. O.
[7]) (Kritische Blätter III), Pand. II § 219 ff.
[8]) Jahrb. IV Nr. 13 S. 386 ff.
[9]) Bekkers Jahrb. IV Nr. 12 S. 372 ff.
[10]) auch davon giebt es Ausnahmen: Schwanert a. a. O. S. 4.

besagt nur: Dieses Rechtsverhältnis hat nicht die volle Wirkung der normalen Obligation, ist aber andrerseits auch nicht gleich Null; er giebt also nur negativen Aufschluss über das Wesen der zu Grunde liegenden Obligation, sagt nur, was diese nicht ist, indem er die Grenzen absteckt, zwischen denen ihre Wirkungen schwanken können; wieweit die letzteren aber innerhalb jenes grossen Gebietes zwischen Nullität und normaler Wirksamkeit im Einzelfalle gehen, darüber kündet er nichts.

Der Name der Naturalobligation ist also erst das sekundäre Moment, dessen Entstehung Keller für einen bestimmten Fall etwa so darstellt: Die Römer fassten ein konkretes Rechtsverhältnis, etwa den Zustand des Pupillen, seinem Wesen nach ins Auge; das gab ihnen einen Rechtsgedanken ein, den sie folgerecht durch alle Figuren des Verkehrs hindurch führten; sie erklärten demgemäss die obligatio pupilli als für das eine wirksam und das andere unwirksam, und als sie zurückschauten und fanden, dass diese obligatio, obgleich zunächst ungiltig, doch zu manchen Dingen gut sei, zu denen eine obligatio nulla nicht taugte, zogen sie daraus den Schluss, dass sie nicht nulla, sondern naturalis sei.

Findet man also ein Rechtsverhältnis, dem die normalen Wirkungen einer obligatio abgehen, das aber nicht ganz nullum ist, so mag man es Naturalobligation nennen, und man schafft damit eine handliche Kategorie, unter welche alle Rechtsverhältnisse von jener Eigenschaft gebracht werden können; findet man aber umgekehrt eines, dass sich Naturalobligation nennt, so weiss man nur, dass es die meisten regelmässigen Wirkungen einer obligatio haben kann, man weiss aber nicht, welche es in Wirklichkeit hat; diese ergeben sich erst aus der Betrachtung des Konkreten vorliegenden Verhältnisses, die Wirkungen der Naturalobligation sind nur Diejenigen dieses letzteren.

II. Wenn nun allgemeine, in allen Fällen zutreffende Grundsätze für einen so unsicheren, in seinen Wirkungen so schwankenden Begriff, wie heute allgemein anerkannt ist, nicht aufgestellt werden dürfen,[1]) dann kann man daraus, dass nach Ablauf der Klagverjährung eine Naturalobligation zurückbleibe — selbst, wenn dies zugegeben wird —, nicht stets den Schluss ziehen, nun müsse auch eine Einrede übrig sein, und aus dem Restieren einer solchen braucht nicht stets auch mit unfehlbarer

[1]) vgl. z. B. Schwanert S. 483 Nro. 4, 485 a. E.; vgl. § 1 u. 2; Bekker Jahrb. IV S. 401. 407 a. E.; Windscheid Pand. II § 287 ff., 288 Note 4; Brinz Pand. II § 221 S. 52; Dernburg Pand. II § 4 S. 10 unten.

Sicherheit das Dasein einer Naturalobligation folgen; es kann vielmehr eine Exception vorhanden sein, ohne dass eine Naturalobligation bleibt, und umgekehrt.

Daher kann Unterholzner[1]) das Übrigbleiben einer Naturalobligation nach Ablauf der Verjährung bejahen und die Unverjährbarkeit der (abgeleiteten) Einreden verneinen; daher Keller[2]) die obligatio pupilli für eine naturalis obligatio, aber für exceptionsunfähig erklären, und Ryck[3]) kann geradezu behaupten: „Die Naturalobligation hat wie keine actio, so auch an und für sich keine Exceptionswirkung, d. h. sie kann, wie nicht durch actio, so auch nicht vertheidigungsweise durch exceptio geltend gemacht werden; . . . . . es ist daher mindestens zweideutig, wenn gelehrt wird, die natürliche Verbindlichkeit sei nicht tauglich zum Angriff, wohl aber möglicherweise zur Verteidigung. . . . . ."

Es muss also nicht stets, wenn eine Naturalobligation zurück bleibt, eine Einrede restieren; ob dies im Einzelfalle geschieht, müsste stets an dem konkreten Rechtsverhältnis untersucht werden — ein Resultat, welches, wie sich später[4]) ergeben wird, mit dem Geiste des Verjährungsinstitutes in schroffem Widerspruch steht.

III. Um unabhängig von der Frage nach dem Übrigbleiben einer Naturalobligation zu dem Resultat der Unverjährbarkeit der (abgeleiteten) Einreden zu gelangen, selbst wenn man das ganze Recht durch die Verjährung vernichtet werden lässt, giebt Savigny[5]) einen Weg an, dessen Richtigkeit recht fragwürdig erscheint: Man könne die bisher vorhandene Exception auch als ein selbständiges Recht, unabhängig von der daneben stehenden Klage, betrachten, und dann hätten die verschiedenen Meinungen über die Wirkung der Verjährung auf diese Frage keinen Einfluss.

Was nun unter „Selbständigkeit" zu verstehen sei, ist nicht recht ersichtlich, da Savigny sich damit begnügt, den Begriff ohne nähere Erläuterung, übrigens für alle Exceptionen ohne Unterschied,[6]) aufzustellen.

[1]) a. a. O. II § 158 u. 258.
[2]) a. a. O. S. 383.
[3]) a. a. O. S. 29. 30 unter II.
[4]) unten S. 65. 66.
[5]) V. 424.
[6]) Gegen diesen Umfang der Behauptung: vgl. Windscheid Pand. I § 112 Note 8; Unger II § 125 S. 512 Note 44.

Vielleicht ist er aber, wie auch Pollack [1]) anzunehmen scheint, auf demselben Gedankengange dazu gelangt, welcher ihn die von ihm s. g. dritte Klasse als eine besondere Art aufstellen liess: man könnte nämlich die Effekte, welche das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis hervorbringt, in einzelne, Klage- und Einredeeffekt teilen, die nun unabhängig von einander und neben einander ständen; während der ganzen Verjährungszeit konnte der Berechtigte einerseits klagen; andrerseits bestand die Möglichkeit zur Vorschützung der Exception, da alle faktischen Bedingungen zur Klage des Gegners, also auch zu jener Exception gegeben waren: Hierdurch konnte man sich verleiten lassen, die Einrede als eine „bisher vorhandene", als eine gleichzeitig neben der Klage stehende zu qualifizieren, sie als etwas ein für allemal Existierendes zu betrachten und zu folgern: tritt nun Verjährung der Klage ein, so mag zwar dem Rechte die Fähigkeit genommen sein, noch weitere Rechtseffekte zu erzeugen, die einmal hervorgebrachten aber, so jene Exception, bleiben bestehen, und das scheint Savigny mit den Worten sagen zu wollen: man könne die bisher vorhandene Exception als ein selbständiges Recht betrachten.

Das kann man aber kaum; man mag von einer bisher vorhandenen Exceptionsmöglichkeit sprechen; von einer von der Existenz des zu Grunde liegenden Rechtes so losgelösten und selbständig gewordenen Exception kann schwerlich die Rede sein, wenn man erwägt, dass die Exception in Wirklichkeit erst vorhanden ist im Moment der gegnerischen Klageerhebung, und auch da nur, wie schon früher betont, wenn sie sich auf ein gegenwärtiges Recht stützen kann; dieses Recht ist der Keim, aus welchem Einreden sich entwickeln können, solange es selbst dauert; körperliche Gestalt gewinnen diese aber erst, die Exceptionsmöglichkeit wird zur Exceptionswirklichkeit, wenn der Gegner die Klage erhebt; ist in diesem Moment das Recht, die conditio sine qua non der Einrede, die eben dieses Recht zur Geltung bringen will, dahin, und man nähme nun noch die Existenz einer solchen Einrede an, dann ergäbe sich allerdings ein eigen geartetes Wesen: eine bisher vorhandene, trotz Hinschwindens des Rechts selbständig fortdauernde Exception, deren Fundament und Inhalt eben das Recht bildet, das vernichtet, gar nicht mehr vorhanden ist.

Es liegt also in Savignys Behauptung, auch die Anhänger der stärkeren Wirkung könnten auf dem von ihm angegebenen

[1]) a. a. O. § 8 S. 36.

Wege der Unverjährbarkeit der (abgeleiteten) Einreden zustimmen, ein Widerspruch: teilt man nämlich das ganze Rechtsverhältnis in jene Einzeleffekte, sodass Klage und Einrede selbständig nebeneinander stehen und jede eine abgesonderte Existenz habe, dann wäre allerdings die Folge, dass die Verjährung nur die Klage, nicht die Einrede, also auch nicht das ganze Recht träfe, von dem doch die Einrede ein Ausdruck ist, . . ein Widerspruch mit der Voraussetzung, dass eben die Verjährung das ganze Recht vernichte.

II. Teil.

Vernichtung der s. g. konkurrierenden Einreden durch die Klageverjährung.

§ 6.

a) Der Quellenbeweis.

1. l. 5 § 6. D. de doli mali et metus exc. 44. 4. [1])

Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur.

Diese, die einzige Stelle, welche Savigny mit Grund für die vorliegende Frage angezogen wissen will, bestimmt, dass die exceptio doli nicht auf dieselbe Frist, wie die actio de dolo beschränkt sein, sie vielmehr stets zustehen solle: Der Kläger habe es ja in seiner Hand, wann er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle, nicht aber der Beklagte, wann er belangt werde.

Die Auslegung dieses Fragments spitzt sich dahin zu: Ist die hier in Frage stehende exceptio eine konkurrierende oder eine reine, d. h. eine Einrede aus einem Rechtsverhältnis, das seiner Natur nach nur durch Einrede und nicht durch Klage geltend zu machen ist?

Ist ersteres der Fall, dann haben die Gegner das Recht auf ihrer Seite, und abgeleitete Einreden sind auch noch nach Verjährung der entsprechenden Klage zuständig; wenn letzteres, so

---

[1]) Literatur: Schilter a. a. O. XI § 31 S. 243. 244; Hommel Vol. III obs. 481 S. 135; Mevius P. III dec. 333 S. 347; Heimbach i. d. Zeitschr. S. 440 ff; derselbe b. Weiske XII 672; Sommer 36 ff.; Vermehren 356 ff. Guyet 78/79 Note 26; Löhr 80/81; Seuffert Beitr. 12 ff.; Büchel 8 ff., 15; Unterholzner II § 157 S. 21. 22; § 158 S. 23; Glück V. 446. 519 ff.; vgl. XX. 162; Savigny V. 429 ff.; Pfeiffer III. 76. 77; VII. 318. 321; Kierulff 214 Note *; Sintenis bei Zu-Rhein 253 ff.; Pollack § 6 Nro. 1; Windscheid actio 40 Note 5; Wildhagen S. 16 n. 2; Riemann a. a. O. § 3; kurz berührt bei: Stryk S. 478; Koch S. 34; Weber Beitr. S. 22 n. 10; 23 n. 12; Höpfner § 1199; Wehrn S. 12; Kori S. 90 n. 2; Thibaut Verj. S. 151 n. 2; Schwanert 465; Vangerow § 151 n. 5; Brinz Pand. I. § 114 S. 398; Schmidt S. 247 u. n. a.; Rave S. 380. 381; Göschen I. S. 471 § 161.

ist diese Stelle für die auch klagbar zu verfolgenden Einrederechte belanglos und beweist nur die fast niemals bezweifelte Unverjährbarkeit der reinen Einreden; jedes aber nicht blos hinsichtlich der exceptio doli, sondern generell; denn das von Paulus angezogene Motiv ist zweifellos auf einen allgemeinen Gesichtspunkt gegründet. [1])

Die exceptio doli ist nun aber eine reine Einrede, wer die exceptio doli hat, darf nicht die actio doli anstellen, oder, wie es Löhr, Sommer ausdrücken: niemand hat gleichzeitig die actio und exceptio doli.

I. Der Prätor nämlich schuf das Rechtsmittel der actio de dolo als letztes auxilium nur für diejenigen Fälle, in denen der Hintergangene sich keiner anderen Klage bedienen konnte: [2]) si actio non erit; und diese Beschränkung floss aus demselben humanen Princip, das ihn zur Einführung des Rechtmittels bewogen hatte.

Mit der Schöpfung dieser Klage, welche ausgebreiteten Schutz gegen jedwede widerrechtliche Übervorteilung in schneidiger Weise gewährte, war andrerseits die Gefahr eines zu ausgedehnten Gebrauchs derselben, und damit eine bedeutende Härte für den Beklagten verbunden: daher sollte jene actio stets ausgeschlossen sein, wenn dem Verletzten in einer für seinen Gegner schonenderen Weise zu seinem Rechte verholfen werden konnte, [3]) und dies wurde angenommen, nicht blos wenn er eine actio, sondern auch wenn er eine exceptio hatte; ja die Abneigung der Römer gegen dieses energische Rechtsmittel war so gross, dass sie die Bedingung seines Daseins, den Mangel einer exceptio oder eines anderen Schutzmittels nicht blos verneinten, wenn der Betrogene eine andere actio hatte, sondern auch, wenn er solche gehabt, aber infolge Versäumung der für sie bestimmten Frist verloren hatte: trat nun der Fall ein, dass die actio doli keine Konkurrenz fand, so sollte sie ihm dennoch versagt sein, weil er an dem Verlust derselben Schuld gewesen, wovon nur aus Billigkeit eine Ausnahme für den Fall gemacht wurde, dass es der Betrug des Gegners gewesen war, der

---

[1]) Schilter a. a. O.; adjecta ratione universali; Dernburg I. § 150 n. 7 a. E.; dagegen Reichsgerichtsentsch. II. 40.

[2]) l. 1 § 4. D. 4. 3; l. 9 § 4; l. 18 § 2, 3; l. 25; l. 40. D eod; l. 2. C. 2. 21.

[3]) Ob die Subsidiarität der actio doli gerade Ausfluss ihrer infamierenden Wirkung, wie Heimbach, Unterholzner a. a. O., Windscheid Pand. II § 452 Note 10, c., oder Folge anderer Gründe war, wie andere wollen, ist streitig, aber für unsern Zweck belanglos, vgl. Dernburg Pand. II. § 136 n. 6.

ihn zum Verstreichenlassen der Verjährungsfrist verleitet und die Anstellung der Klage unmöglich gemacht hatte.

Aus dieser Ausnahme ergiebt sich, dass nach Verjährung der actio de dolo eine Naturalobligation nicht übrig geblieben sein kann, weil diese schon von selbst [1]) eine exceptio ergeben hätte, dann aber die actio, deren Zuständigkeit für den vorliegenden Fall ausdrücklich statuiert wird, nicht hätte zustehen können, weil ihre Bedingung ja gerade der Mangel einer exceptio war; aus der ganzen Deduktion folgt, dass die actio de dolo nicht mit einem anderen Rechtsmittel, und ein solches, also auch die exceptio doli, nicht mit der actio doli konkurrieren konnte, d. h. eben, wer eine exceptio doli hatte, konnte nicht die actio doli anstellen, die exceptio doli war ein reines Einrederecht. [2])

II. Auch inhaltlich steht die exceptio mit der actio doli nicht in so unmittelbarem Zusammenhang, dass sie beide von derselben Grundlage ausgehen, die exceptio den Inhalt der actio geltend machte; sie ist nicht blos eine „umgesetzte actio doli", [3]) sondern beherrscht ein viel weiteres Feld, indem sie überall da stattfindet, wo „Jemand einen Anspruch geltend macht, durch den er sich mit Treu und Glauben in Widerspruch setzt"; [3]) es ist die s. g. exceptio doli generalis, von der hier die Rede ist, von ihr spricht Paulus in dem ganzen Fragment und er würde plötzlich aus dem Zusammenhange fallen, wenn er nun eine andere, die exceptio doli specialis meinte; dass nun jene, die exceptio doli generalis, die ja nicht blos in concreto, sondern auch in abstracto [4]) erst mit der Klageanstellung nativ wird, die nur geltend macht, dass die Klageerhebung des Gegners ein Unrecht bilde, stets zusteht und zustehen muss, wollte man sich nicht mit den dringendsten Forderungen der Vernunft und der Billigkeit in Widerspruch setzen, das ist nicht zu bezweifeln, und nur dies wird in unserm Fragment bestimmt.

Demgegenüber behauptet nun aber Savigny, gestützt auf l. 28. 29. D. 4. 3., es habe in dem angeführten Falle der Schuldner dennoch auch eine Klage; zwar nicht die infamierende, auf kurze Zeit beschränkte actio de dolo, sondern eine actio in factum, welche dem Betrogenen insoweit Entschädigung verschaffe, als der Betrüger ausserdem reicher sein würde, also gerade so weit, als

---

[1]) Wenigstens nach der Anschauung der Gegner; vgl. oben § 5 II.

[2]) Gegen Savignys hiergegen vorgebrachten (S. 383), aus dem „qua se tueri possit" entnommenen gewichtigen Einwand, vgl. Heimbach b. Weiske XII. 662.

[3]) Bähr a. a. O. S. 299.

[4]) vgl. oben Einleitung.

auch die exceptio doli reiche; mithin gehöre dieser Fall nicht zur ersten (Exception ohne Klage, reine Exception), sondern zur zweiten Klasse (Klage und Exception), spreche also für Savignys Meinung.

Dies ist allerdings richtig; auch nach Ablauf der ein bezw. zwei Jahre,[1]) in denen die actio doli verjährte, hat der Hintergangene die unbenannte actio in factum, als actio perpetua; dass diese hier aber nicht in Frage steht, ergiebt sich:

1) aus dem Wortlaut der Stelle: „actio de dolo certo tempore finitur"; sie würde doch wohl anders gelautet haben, wenn Paulus die unverjährbare actio in factum im Sinne gehabt hätte; es muss betont werden, dass, wer actio de dolo sagt, in erster Linie an die technische actio doli denken wird, die nur innerhalb eines biennium zusteht. Was sollte sonst bei der actio perpetua das „certo tempore finitur", Worte, die sich offenbar auf eine actio temporalis beziehen, wie ja überhaupt — allerdings ein Argument, dessen Beweiskraft bei dem schwankenden Wortlaute der Quellen nicht zu überschätzen ist — das „tempore finiri" meist als technischer Ausdruck für die Verjährung, z. B. im Cod. Theod. 4. 14 gebraucht wird.

So giebt denn auch Savigny zu, dass Paulus schwerlich an die Konkurrenz der exceptio doli mit einer actio perpetua gedacht haben kann; dass er überhaupt keine konkurrierende Klage im Sinne gehabt, sondern nur das gegenteilige Verjährungsverhältnis der actio und exceptio doli hat gegenüber stellen wollen, folgt ferner aus der Fassung:

2) cum actor quidem — is autem.

Diese Gegenüberstellung zeugt offenbar von einem Gegensatz, der sich zwischen den beiden Parteien finden muss, und wäre völlig unnütz, wenn nicht falsch, wenn beide die gleiche Stellung hätten; dies wäre aber der Fall, wenn auch demjenigen, cum quo agitur, eine Klage, sei es nun die actio doli oder actio in factum, zugesprochen würde, da dann für den Exceptionsberechtigten, wie es Sintenis[2]) ausdrückt „ein ebenso absoluter und unabhängiger usus juris begründet" wäre, wie er dem Kläger zusteht: Die Parteien würden also einander gleichstehen — ein Resultat, welches jener schroffen Gegenüberstellung völlig widerspricht.

---

[1]) Die Verjährungszeit hat gewechselt, vgl. Dernburg Pand. II. § 136 u. Note 8.

[2]) bei Zu Rhein 253.

Giebt man aber selbst zu, was Savigny zunächst annimmt, dass mit der Exception des Berechtigten die actio in factum konkurrierte, so würde doch

3) der Umstand, dass diese eine actio perpetua im strengen Sinne des Wortes, d. h. eine überhaupt nicht erlöschende war, nichts für eine Zeit beweisen, in welcher alle Klagen der Verjährung unterworfen sind; denn, wenn die unverjährbare actio in factum Berufung auf das zu Grunde liegende Recht in Exceptionsform gestattet, dann muss es doch nicht die verjährbar gewordene!

Das aus der bisherigen Betrachtung gewonnene Ergebnis, die lex citata spreche nur von einer reinen Einrede, wird bestärkt durch das Motiv, welches Paulus für seine Entscheidung anführt, und das den Gegnern das Hauptargument für ihre Ansicht bietet.

Actor quidem, sagt Paulus, habe es ja in seiner Hand, wann er sein Recht geltend machen wolle, is autem cum quo agitur, nicht, quando conveniatur.

Hieraus folgert nun Savigny: „obgleich der Betrogene jeden Augenblick klagen könnte, so ist es doch wörtlich wahr, was hier Paulus sagt, dass er im Gebrauch der Exception gar keinen eigenen Willen hat, sondern ganz von der Willkür des Gegners abhängt, der zur Anstellung seiner Klage die Zeit wählen kann, die ihm die vorteilhafteste scheint.“ [1])

Wörtlich wahr allerdings, aber nicht innerlich; Paulus hätte sich, wenn jenes sein Gedanke gewesen wäre, höchst inkorrekt ausgedrückt: er dächte sich den is cum quo agitur als eine Person, die mit zwei Waffen, actio und exceptio, also mit derselben rechtlichen Macht ausgestattet wäre, wie der ihm gegenüberstehende Kläger; dieser, fährt er dann fort, könne nach Willkür klagen; jener aber könne nicht excipieren, wann er wolle; dass dieser is aber nicht auf die Exception beschränkt, vielmehr im Besitze der viel schneidigeren und beliebig anstellbaren Klage sei, soll Paulus hier ruhig übergehen, wo er gerade die zeitlich beschränkte Fähigkeit des is zur Realisation seines Rechtes hervortonen und diese gewissermassen als Entschuldigungsgrund für die Unverjährbarkeit der Exception anführen will?

Vulgär ausgedrückt: nach Savigny soll sich Paulus den is als einen reichen, nämlich unter dem Schutz zweier Rechtsmittel stehenden Mann denken; in Wirklichkeit stellt Paulus ihn als einen armen, nämlich nur auf ein Rechtsmittel beschränkten Mann

[1]) S. 431.

dar, wenigstens erwähnt er nichts von seinem Reichtum; es wäre also eine unannehmbare Inkorrektheit, wenn Paulus den is für reich gehalten und dessen Armut als Motiv seiner Entscheidung angegeben hätte.

Paulus kann vielmehr gar nicht der Meinung gewesen sein, dass mit der Exception des Berechtigten noch ein anderes Rechtsmittel konkurriere, sei es nun die actio doli — diese konkurriert überhaupt nicht mit der exc. doli — oder die actio in factum — es ist deutlich von einer actio temporalis die Rede —; hier spricht er nur von einer reinen Einrede, und dann ergiebt sich aus dem allgemein gehaltenen Charakter der Entscheidung:

1) dass die reinen Einreden allerdings, wie auch anerkannt wird, unverjährbar sind, cum is cum quo agitur non habeat (sc. potestatem) quando conveniatur;

2) dass dieses Motiv durchaus nicht auf die Fälle passt, in welchen der Berechtigte das den Inhalt der Einrede bildende Recht auch klagbar verfolgen konnte; denn von ihm gilt zwar auch, was Paulus als Grund seiner Entscheidung anführt: er musste erst die Klageanstellung des Gegners abwarten, um von seiner Exception Gebrauch machen zu können, aber, dieser Gedanke folgt von selbst, er brauchte dies nicht, um seinen Anspruch überhaupt geltend zu machen; und von dem allgemeinen Gesichtspunkt aus, auf den die Entscheidung gestellt ist, ergiebt sich dann vermittelst des argumentum a contrario

3) dass in denjenigen Fällen, wo der Berechtigte, ohne die gegnerische Klageerhebung abwarten zu brauchen, das ihm zustehende Recht in anderer Form als durch Exception, nämlich durch Klage zur Geltung bringen kann, er es, wenn er die Klagefrist verstreichen liess, dann auch nicht mehr exceptionsweise wird thun können.

Dieser Grundsatz, der noch an anderen, aber im allgemeinen weit unerheblicheren Quellenstellen als die vorliegende zu prüfen ist, folgt aus dem eben behandelten Fragment nicht mit unfehlbarer Sicherheit; das muss ebenso zugegeben werden, wie Savigny einräumt, dase es nicht als unmittelbare Entscheidung der Streitfrage in seinem Sinne angesehen werden könne; der Gedanke jener Stelle ist eben zweifelhaft, unbestimmt ausgesprochen, und daraus erklärt sich die Erscheinung,[1]) dass sich in vielen Büchern eben-

[1]) vgl. z. B. die oben S. 32 in der Note citierten letzten Schriftsteller, Z. 1—5 von unten.

dieselbe Stelle als unmittelbare Entscheidung bald für die eine bald die andere Ansicht angeführt findet.

2) l. 5. C. de except. s. praescr. 8. 35 (36).[1])

Licet unde vi interdictum intra annum locum habet, tamen exceptione perpetua ei succurri, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur.

Wenn auch das Interdictum unde vi nur binnen Jahresfrist Platz greift, so soll der gewaltsam Dejicierte doch mit einer exceptio perpetua geschützt werden, wenn er später den Besitz wiedererlangt hat.

Es scheint beim ersten Blick, und so fassen die Gegner dieses Reskript auf, als werde dem Verletzten auch nach Verjährung des Interdikts d. h. seiner Klage noch die entsprechende exceptio zugesprochen, welche perpetua sein solle; geht man aber tiefer, so ergiebt sich, dass die gegnerische Auffassung dem Sinn der Stelle nicht gerecht wird, da diese nicht von einer mit dem technischen, verjährbaren Interdictum konkurrierenden Exception spricht oder doch nicht notwendig zu sprechen braucht.

Auf die Dauer eines Jahres nämlich war das Interdictum unde vi nur als Deliktsklage beschränkt, nur insolange ging es auf Restitution und Ersatz des vollen Interesses, alle Früchte u. s. w.;[2]) als Vermögensklage dagegen unterlag es keiner Zeitbeschränkung: post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit iudicium dabo,[3]) auch nach Ablauf eines Jahres stand dem Berechtigten das Interdictum in factum mit allerdings blos reipersekutorischer Funktion zu, und daher musste ihm um so viel mehr für das nämliche Objekt, um sich in dem nun wieder erlangten Besitz zu schützen, gemäss dem Grundsatze der l. 156 § 1 D. 50. 17 (vgl. l. 1 § 4 i. f. D. 43. 18) eine Exception gegeben werden; daraus aber, dass dem Verletzten die Berufung auf sein klagbares Recht als Exception gestattet wird, lässt sich kein zwingender Schluss auf diese Möglichkeit für ein Recht ziehen, dessen Klage verjährt ist; für diesen Fall beweist die angezogene Stelle vielmehr nichts.

---

[1]) Literatur: Lauterbach a. a. O. IV. 6. § 28 S. 387; Sommer 51/52; Heimbach b. Weiske III. 700; Vermehren 354 ff.; Löhr 80/81; Pfeiffer III. 78, VII, 321. 323; Kierulff 213 Note *** a. E.; Guyet 78; Sintenis bei Zu Rhein 251. 3. ff.; Büchel 16; Savigny 433 ff.; Unterholzner II. 24; Pollack § 6 Nro. 2; Dahn 33/34; Windscheid actio 40 Note 5; Koch § VI S. 34 Note i; Riemann § 3.

[2]) l. 1 § 31. sq. 40. 41. l. 6 D. 43. 18; l. 4 C. 8. 4. vgl. Windscheid Pand. I § 160 Note 1; Dernburg Pand. I § 188e.

[3]) l. 1 pr. D. 43. 16.

Im Gegensatz also zu dem vorhergehenden Falle, wo die Gegner die in Frage stehende exceptio doli zu einer konkurrierenden stempeln wollten, was dort entschieden verneint werden musste, ist hier dieser Charakter der exceptio zu behaupten; nur konkurriert dieselbe nicht mit einer verjährbaren Klage — und nur eine solche kommt für unserere Frage in Betracht — sondern mit einem perpetuum interdictum, und dass ein solches eine Exception gestattet, ist nicht zu bezweifeln; auch nicht, wenn man, wie Löhr [1]) negativ geltend macht, annähme, dass der vi dejectus erst nach Ablauf des für das Interdictum gesetzten annus utilis den Besitz der entrissenen Sache wieder erlangte; welchen Einfluss sollte denn die kurze Verjährbarkeit des technischen Interdictum unde vi auf die Statthaftigkeit einer exceptio üben, welche mit einem unverjährbaren Interdictum in factum konkurriert?

Da nun die in Frage stehende exceptio, wie Savigny gegen Unterholzner und Heimbach geltend macht, nicht die von diesen angenommene exceptio dominii sein kann, so bleibt allerdings die von Savigny erwähnte Schwierigkeit ungelöst, wie man sich überhaupt die Klage des Gegners zu denken habe, gegen welche die Exception gebraucht werden soll: die Strafe der Selbsthilfe erledigt sich nach den eben erwähnten Ausführungen Savignys; die Vindikation kann nicht in Frage stehen, da dieser im allgemeinen keine Exception aus dem blossen Besitz entgegengesetzt werden kann; der von Savigny, ferner von Sommer unterstellte Fall — letzteren erklärt Guyet sogar als „wunderlichste Subintellektion, die natürlich keine Widerlegung verdient" — erscheinen doch zu künstlich, um sich dem einfachen Wortlaut des Reskripts zu fügen, und so werden wir uns, mag der Fall liegen, wie er wolle, mit der Annahme begnügen müssen, dass diese Constitution nicht gegen uns spricht und eigentlich nichts Weiteres besagt als folgendes: wenn auch das Interdictum unde vi nur binnen Jahresfrist zusteht, so kann der deiectus doch auch noch nachher mit einer exceptio perpetua geschützt werden; dass diese gerade die exceptio unde vi sei, ist nicht ausdrücklich gesagt, und nichts weist darauf hin; die Möglichkeit ist also durchaus nicht ausgeschlossen, dass das exceptionsweise vorgebrachte Interdictum in factum gemeint, die eigentliche exceptio unde vi aber verjährbar sei; und letzteres scheint noch durch die nachdrückliche Betonung des § 7 J. 4. 15 bestätigt, in welchem für die Interdicta duplicia

[1]) S. 81.

eine so völlige Gleichstellung der beiden Parteien behauptet wird, dass das Verjährungsjahr für die Interdikte wohl in jeder Beziehung laufen wird, mag ihr Inhalt nun klage- oder exceptionsweise geltend gemacht werden.

3) l. 8 § 13. D. de inoff. test. 5. 2.

Si filius exheredatus in possesione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Noch weit weniger Beweismaterial als die vorige, enthält diese Stelle, welche von Lauterbach[1]) und hauptsächlich Sommer[2]) für unsere Frage angezogen wird, während die meisten sie teils gar nicht,[3]) teils als nicht hierher gehörig[4]) erwähnen.

Ein grundlos exheridierter filius ist in possessione hereditatis; gegen die hereditatis petitio des scriptus heres soll er die exceptio inofficiosi erhalten, die nun — argumentiert Sommer — gemäss den Schlussworten: quemadmodum ageret — peteret denselben Verjährungsnormen wie die querela inoffisiosi unterworfen werden; denn der Ausspruch, die Querel solle gerade so vorgebracht werden, als wenn geklagt würde, der Besitz solle hieran nichts ändern, ergäbe doch eine Gleichstellung der Einrede mit der Klage, also auch eine Gleichstellung hinsichtlich der Verjährung.[5])

Dieser Schluss ist wohl zu kühn; es ist zu kühn, aus dem Umstande, dass das Ding A (Einrede) dem Dinge B (Klage) im Punkte x (Zulässigkeit) gleich ist, die Gleichheit der beiden auch auf den Punkt y (Verjährung) auszudehnen.

Von Verjährung aber, von einer bestimmten Zeit ist in der lex citata aber so wenig — wie übrigens Sommer selbst Weber zugiebt — die Rede, dass man Savigny, der diese Stelle „nur im allgemeinen von der Zulässigkeit der exceptio inofficiosi" sprechen lässt, Recht geben muss, selbst wenn im Resultat den übrigen Deduktionen, durch welche Sommer seine Ansicht zu erhärten sucht,[6]) beizustimmen wäre.

---

[1]) a. a. O. IV. 6 § 28 S. 387.

[2]) a. a. O. S. 43 ff.; auch Wendt a. a. O. S. 267 citiert die l. c. in diesem Sinne.

[3]) z. B. Büchel, Seuffert, Pfeiffer, Sintenis, Heimbach, Vermehren, Wehrn, Schmidt, Riemann.

[4]) z. B. Weber Beitr. 26/27; Koch a. a. O. § 6 S. 35; Glück VII 357. 358; Savigny V. 432 f.; Pollack § 6, 3; Unterholzner II, 29; Unger II. S. 513 Note 46; Wildhagen S. 54.

[5]) Sommer spricht letzteres nicht ausdrücklich aus, muss es aber offenbar meinen.

[6]) S. 46 Abs. 2.

4) l. 9 § 4. D. de jurejur. 12. 2.[1])

Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debebit, ut Pomponius ait, ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere: nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit, praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi.

Der vorliegende Fall kann verschieden aufgefasst werden:

I. Die Meisten[2]) legen ihn folgendermassen aus: Der Minderjährige ist Kläger; er hatte seinem Gegner einen Eid deferiert, welcher gegen ihn abgeleistet wurde, strengte dann eine Klage an, gegen welche der Beklagte die exceptio iurisiurandi erhob, und sucht nun gegen diese und den ihm daraus erwachsenden Nachteil die restitutio in integrum durch Replik nach: diese Replik aber, exceptio ista . . statutum tempus post annum XXV non debet egredi: sie soll ihm versagt sein, wenn die gesetzliche Zeit, binnen welcher die Handlung des Minderjährigen angefochten werden konnte, bereits abgelaufen war.[3])

Die Beweiskraft dieser Stelle für die Verjährbarkeit der Einreden suchen die Gegner durch das Argument zu entkräften: es werde hier nicht von der Verjährung der Einreden gesprochen — denn, dass die exceptio ista nur die vorher genannte replicatio ist, ist zuzugeben —, sondern von derjenigen der Repliken; die vorliegende werde aber sichtlich dazu gemissbraucht, die schon verjährte Klage durchzusetzen, und wie die Replik überhaupt nur eine alia allegatio . . . . . adiuvandi actoris gratia sei, nur eine neue Stütze für die Begründung der Klage,[4]) so unterliege sie auch deren Verjährungsgrundsätzen, sodass also:

Wenn die Restitution per exceptionem nachgesucht werde, gar keine Verjährung stattfinde;

---

[1]) Literatur s. folgende Noten.

[2]) Alle genannten ausser Pfeiffer III. 76 und Seuffert Pr. Pandektenr. I § 33 Note 5 S. 42 (letzterer zweifelhaft).

[3]) So z. B. Weber Beitr. S. 25. 26; Sommer S. 32; Unterholzner II. S. 26; Thibaut Verjähr. § 49 S. 133 ff.; Büchel S. 13 vgl. 20/21; Glück V. § 439 S. 449 Abschn. III; Seuffert Beitr. S. 17; Savigny S. 415, d; Wildhagen S. 53; Thon a. a. O. S. 280 n. 130; Sintenis bei Zu Rhein S. 269 (schliesst sich Sommer an); Riemann § 3.

[4]) pr. J. 4. 14; Gajus Institut. IV. § 126: alia adjectio . . per (quam) resolvitur jus exceptionis.

geschehe dies aber per replicam, so gelte wieder, was von der Klage, wie für die Duplik die Grundsätze der Einreden Platz greifen. [1])

Es wird hiermit ein höchst bedeutsamer Unterschied zwischen Exceptionen und Repliken statuiert, der einmal schon im allgemeinen der quellenmässigen Begründung entbehrt; das ergiebt sich aus dem von Pfeiffer [2]) angezogenen Institutionentitel 4. 14, wo unter der gemeinsamen Bezeichnung: de replicationibus von Exceptionen, Repliken, Dupliken und Tripliken gehandelt wird, und alle diese im § 3 als exceptiones zusammengefasst werden; dann aber erscheint diese Distinktion gerade im Hinblick auf den Fragefall durchaus ungerechtfertigt.

Die Quellen müssten doch, wenn eine solche Verschiedenheit zwischen dem Restitutionsgesuch per modum exceptionis, actionis replicationis u. s. w. obwaltete, etwas davon erwähnen; statt dessen werden die Rechtsmittel dieses Institutes nicht als besondere Restitutionsklage, — Einrede u. s. w. genannt; sondern, nicht schon das blosse Dasein der begründenden Thatsachen, erst die Cognition des Prätors vielmehr, dass dieselben die Restitution genügend rechtfertigten, bildete so sehr das Entscheidende und Charakteristische dieses Institutes — totum pendebat ex praetoris cognitione —, [3]) dass nur von der Anrufung des Richteramtes im allgemeinen gesprochen wird, und die in den Quellen gebrauchten Ausdrücke lediglich die Herbeiführung der prätorischen Cognition bezeichnen, [4]) mochte dieselbe nun per modum actionis oder exceptionis erfolgen.

Im übrigen ist zwar der Einwand, dass die Replik die Natur der Klage teile und sich zur Duplik wie die Klage zur Einrede verhalte, an sich richtig; als gleichberechtigt steht ihm aber der Grundsatz gegenüber, dass auch die Replik zur Exception sich ebenso verhält, wie eine Exception zur Klage, dass sie „im Verhältnis zur Einrede selbst eine Einrede ist“; [5]) und dieses ist das

---

[1]) vgl. z. B. Thibaut a. a. O.; Koch § VI. S. 32, § VII. S. 37; Glück V. S. 449; Wening Ingenheim a. a. O. III. § 554 S. 489/90; Mühlenbruch Lehrb. I. § 160 S. 319/20; Göschen Vorles. I § 181 S. 543/44; Rosshirt Civilr. I. § 66 S. 117.

[2]) III, 76.

[3]) l. 24 § 5 D. 4. 4.

[4]) l. 3 § 1: desiderare, § 2, 4 auxilium impetrare, postulare, § 9. l. 8. l. 29 pr. l, 34 § 1, l. 36, l. 47 pr D. 4. 4: l. 1—6 C. 2. 22 (21); vgl. cap. 1 de rest. i. integr. in 6to. 1. 21: . . si quadriennii spatium post sit lapsum et negligenter omiserit, non est ad beneficium huius modi admittenda (sc. ecclesia) . . .

[5]) Keller Pand. § 94; vgl. l. 1. l. 2 § 1. 2. l. 22 § 1 D. 44. 1; vgl. Gaius Inst. IV. § 126.

ursprünglichere Verhältnis, denn erst durch die Exception wird die Replik hervorgerufen, sie bildet ein Schutzmittel gegen die Exception, ihre Geltendmachung hängt ebenso wenig vom Berechtigten ab, wie die der Exception, sie besteht unabhängig von der Klage, giebt derselben eigentlich auch keine neue Grundlage, [1]) denn ihre Funktion beschränkt sich auf Abwehr.

Wie also einerseits die Replik vorwärts gesehen, d. h. in ihrem Verhältnis zu der auf sie folgenden Duplik die Natur einer Klage hat, so ist ihr andrerseits, nach rückwärts, ihrem Entstehungsgrunde gesehen, im Verhältnis zu der sie hervorrufenden exceptio die Natur einer solchen zu eigen; man darf sich daher nicht auf Folgerungen berufen, welche sich aus der einen Natur eines solchen Doppelwesens, seiner Gemeinsamkeit mit der Klage, ergeben, ohne nicht gegenteilige Consequenzen aus seiner anderen Natur, der Gemeinsamkeit mit der Exception, zu gewärtigen, und die Gegner, welche in der ersten Hinsicht die in der lex citata statuierte Verjährung der Replik aus ihrer Klageähnlichkeit erklären, müssten es sich gefallen lassen, wenn wir aus der Exceptionsähnlichkeit der Replik deren hier festgesetzte Verjährung auch auf die Exceptionen ausdehnen würden.

Dieser Schlussfolgerung bedarf es aber gar nicht, wenn man der Auffassung beipflichtet, welche Pfeiffer [2]) von der vorliegenden Stelle hegt:

II. Der Minderjährige ist Beklagter; er hatte vorher die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit von dem Eide seines Gegners abhängig gemacht, der denselben auch leistete, und setzt der nun gegen ihn angestellten Klage die Einrede der Verjährung und der gegnerischen Replik des Eides (exceptio iurisiurandi) duplicando seine Minderjährigkeit zum Zwecke der Restitution entgegen: und diese Duplik nun ist exceptio ista, quae statutum tempus post annum XXV non debet egredi.

Konnte es nach jener Interpretation wegen der von den Gegnern betonten vorzugsweisen Klagenatur der Replik noch zweifelhaft erscheinen, ob diese Stelle die Verjährung der Exception ausspricht, so muss jedes Bedenken schwinden, wenn man der zweiten Deutung zustimmt, und dieser steht im Grunde genommen nichts im Wege, als der schon oben als belanglos hingestellte Ausdruck exceptio für Replik und Duplik; dann wird hier deutlich die Verjährbarkeit der Duplik ausgesprochen, welche auch nach

[1]) vgl. Dernburg Pand. I § 137 S. 311 a. E.
[2]) III, 76.

der gegnerischen Auffassung in erster Linie die Natur einer exceptio hat; was von der Duplik gilt, muss es auch von der Exception, d. h. die exceptio restitutionis in integrum ist verjährbar.

Mit diesem Ergebnis, welches noch durch die Konsequenz, zu der Sommer [1]) die gegenteilige Ansicht mit Bezug auf l. 3 C. si maior factus 5. 74 führt, bestärkt wird, wäre allerdings für die Hauptfrage, ob überhaupt Einreden aus klagbaren Rechten mit Verjährung der Klage verjährt sind, noch nichts gewonnen, wenn Savignys Ansicht die richtige wäre: Savigny [2]) spricht nämlich der Verjährung der Restitution überhaupt den Charakter einer Klagverjährung ab; die Verjährung sei hier gar nicht auf die Exception zu beziehen, sie gehöre vielmehr lediglich zur Restitution als solcher, und bei dieser sei es ganz gleichgiltig, ob sie zur Vermittlung einer Klage, Exception oder Replik dienen sollte, „da sie überall dieselbe Natur habe, nämlich die einer durchgreifenden Veränderung des vorhandenen Rechtszustandes aus exceptionellen Gründen."

Dieser Auffassung, mit welcher Savigny ziemlich allein zu stehen scheint, [3]) tritt Pfeiffer [4]) mit gewichtigen Argumenten entgegen; hält man mit diesen Savignys Einwand für erledigt, so wird gerade die lex citata als gewichtiges Argument für die Verjährbarkeit der Einreden gelten müssen, weil es hier gerade ein und dasselbe Recht ist, welches durch Klage oder Einrede geltend gemacht wird; [5]) stimmt man Savigny bei, so wird zwar als unumstösslich gelten, dass die Restitution nach Ablauf der gesetzlichen vierjährigen Frist auch nicht mehr per modum exceptionis nachgesucht werden kann; für oder gegen die Verjährbarkeit der Einreden wäre damit aber nichts bewiesen.

5) l. 6. C. de exc s. praescr. 8. 35 (36). [6])

---

[1]) a. a. O. S. 34 § 15.
[2]) V. S. 414.
[3]) Pfeiffer (1844) behauptet, er stehe ganz allein; indessen will Keller Pand. § 92 die Savignysche Behauptung „nicht bestreiten", Sintenis Civilr. I § 32 Note 39 a. E. erklärt sich mit ihr einverstanden: für das heutige Recht vindiciert der Restitutionsfrist den Charakter einer Klageverjährung Dernburg Pand. I. § 143 Note 7 a. E.; vgl. auch Riemann a. a. O. § 3 S. 11.
[4]) a. a. O. VII. S. 315 ff.
[5]) Riemann § 3 hält die lex citata sogar für die einzige Stelle, welche in unsere Frage eingreift, will indessen aus ihr nicht auf andere Einreden geschlossen wissen.
[6]) Literatur: Koch § VII. S. 37; Glück V. S. 450; Sommer S. 40 ff. Unterholzner II. S. 22/23. 27; Savigny V. S. 434; Pfeiffer III. S. 77 Wildhagen S. 38 Note 2; Riemann § 3.

Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicari potest.

I. Der dieser Entscheidung zu Grunde liegende Fall wird von Savigny folgendermassen dargestellt.

Ein Stipulationsschuldner hatte durch einen Betrug einen Erlass durch Pactum erwirkt; gegen die Stipulationsklage wird die exceptio pacti gebraucht werden; allein diese wird durch die doli replicatio entkräftet, welche nach dem Ausspruch des Kaisers nicht an die Verjährung der gleichnamigen doli actio gebunden ist.

Darnach wäre in dieser Konstitution höchstens die Unverjährbarkeit der Repliken statuiert, ein Resultat, das die Gegner in nicht geringe Verlegenheit setzen muss, weil sie bezüglich der oben betrachteten l. 9. § 4. D. 12. 2. gerade die Replik wegen ihrer Klagenatur derselben Verjährung unterwarfen, wie die Klage.

Diesem Widerspruch begegnen sie nun, indem sie teils [1]) die lex citata als eine Ausnahme von der sonstigen Verjährbarkeit der Replik auffassen; oder sie behaupten, [2]) in der Fragestelle sei von der replikweise vorgebrachten actio in factum die Rede, und diese Replik müsse schon deshalb unverjährbar sein, weil es auch die actio in factum sei.

Wenn sich diesen Ausführungen mit Grund auch nichts entgegnen lässt, so erscheint es doch konsequenter, die l. 9. § 4. D. 12. 2. vorweg als Bestätigung der Einredenverjährung aufzufassen und die l. 5. § 6. D. 44. 4. und die Fragestelle in demselben Sinne auszulegen; denn auch letztere spricht nur von einer exceptio bezw. replicatio doli, welche, da sie auf ein pactum de non petendo gestützt wird, nicht zu den auch klagbar zu verfolgenden Einrederechten gehört; dann handelt es sich um eine reine oder, wenn man sich der treffenderen von den gegnerischen Interpretationen anschliesst, um eine solche Einrede, welche neben einer unverjährbaren Klage steht; und dass solche selbst unverjährbar, ist ebenso zweifellos, wie, dass hieraus kein sicherer Schluss auf eine Zeit zu ziehen ist, wo es unverjährbare Klagen nicht mehr giebt.

Ein günstigeres Resultat lässt sich auch nicht erzielen, wenn man

II. die Wildhagensche Auffassung zu Grunde legt, es sei hier nicht von einer replicatio, sondern exceptio doli die Rede,

---

[1]) Koch, Glück a. a. O.
[2]) z. B. Savigny S. 435.

was zwar nicht ausgeschlossen, aber von dem Wortlaut der Stelle weiter abzuliegen scheint.

6) l. 30 § 6 D. de peculio 15. 1. [1])

In dolo obiciendo temporis ratio habetur: fortassis enim post tempus de dolo actionis non patietur dolum malum obici praetor, quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur.

In dieser Stelle wird allgemein ausgesprochen, der dolus könne objiciert werden nur in der für die actio de dolo bestimmten Zeit.

Dass diese so unbestimmt und generell gehaltene Fasssung einen Ausschlag für unsere Streitfrage nicht geben kann, ist so offenbar, dass die meisten die lex citata berührenden Juristen sie als nicht hierher gehörig erwähnen und sie nach dem Vorgange von Weber aus der l. 21 pr. D. h. t. dahin erklären, dass es sich hier um die actio de peculio gegen denjenigen handelt, der dolo fecit quominus quid esset in peculio.

Zöge man die Stelle aber, wie es Seufert und (hypothetisch) Bückel thun,[2]) als Argument an, so würde

a) wenn obicere dolum die replicatio doli bezeichnete, nur gesagt, dass diese ebenso wie die actio de dolo verjähre.

Wer die Replik nur als neue Grundlage der Klage und daher als deren Natur teilend auffasst, erhielte damit ein Resultat, welches noch keinen Schluss auf die Exceptionen erlaubte; da die Replik aber in erster Linie nichts weiter ist, als eine Exception, so folgt: auch die exceptio doli verjährt in der Verjährungsfrist der actio de dolo; es wäre dann offenbar von der den Inhalt der actio doli geltend machenden exceptio die Rede und könnte es durchaus nicht von einer anderen: von der reinen exceptio ebenso wenig, wie von der mit der unverjährbaren actio in factum konkurrierenden, denn die Stelle spricht deutlich von einer Verjährung, die eben auf jene beiden keine Anwendung finden kann.

Dass aber die lex citata so eng, als nur von der replica doli sprechend aufgefasst werde, erlaubt

b) die allgemeine Sprechweise des Fragments gar nicht; obicere dolum bedeutet offenbar generell nur das Einwenden, Vorschützen des dolus, d. h. nur eine reagierende Thätigkeit des einen gegen einen von dem anderen ausgegangenen Schritt, gleich-

---

[1]) Literatur: Weber Beitr. S. 26; Savigny S. 432 f.; Büchel S. 12; Seuffert Beitr. S. 15 ff.; Pollack § 6, 4; Wildhagen S. 38 Note 2 a. E.; Thon S. 280 Note 130 a. E.; Sommer S. 39.

[2]) Auch Wendt Lehrbuch § 97 S. 267.

viel, ob dieser nun als der erste (klageweise) oder schon zur Verteidigung (exceptionsweise) geschehen war; dann aber bedeutet obicere, wie jedes Einwenden, in gleicher Weise auch das exceptionsmässige, und dieses um so mehr

c) als in den meisten Fällen, in welchen die Quellen von obicere sprechen, dies in Verbindung mit exceptio geschieht.[1])

Es bedürfte daher gar nicht jenes Schlusses von den Repliken auf die Exceptionen, und es wäre in der Fragestelle direkt die Verjährung der exceptio doli statuiert.

Aus der Betrachtung der gewöhnlich angeführten direkt beweisenden Quellenstellen ergiebt sich folgendes Resultat:

1) Die l. 5 § 6 D. 44. 4 sprach die Unverjährbarkeit der exceptio doli, einer reinen Einrede aus; das allgemeine, dafür angeführte Motiv erlaubte aber vermittelst des argumentum a contrario einen, wenn auch nicht ganz sicheren, Schluss auf die Verjährbarkeit der auch klagbar zu verfolgenden Einrederechte.

2) Die l. 5 C. 8. 35 (6) statuierte die Unverjährbarkeit einer mit der unverjährbaren actio in factum konkurrierenden exceptio, ist daher für die vorliegende Frage bedeutungslos.

3) Die l. 8 § 13 D. 5. 2 ist überhaupt nicht anzuziehen.

4) Die l. 9 § 4 D. 12. 2 dehnt die für die Restitution im allgemeinen gesetzte Verjährungsfrist auf die Replik, nach anderer Auffassung die Duplik, in jedem Falle also auch auf die Exception aus; sie wäre daher ein sehr gewichtiges Argument für uns, wenn der Charakter der Verjährung der exceptio restitutionis in integrum als einer Exceptionen-Verjährung nicht so zweifelhaft wäre, als er es in Wirklichkeit ist.

5) Die l. 6. C. 8. 35 (36) behauptet die Unverjährbarkeit der replica doli, bezw. der exceptio doli, ist also nur als Bestätigung von Nro. 1 aufzufassen.

6) Die l. 30 § 6 D. 15. 1. ergäbe die Verjährbarkeit der den Inhalt der actio de dolo geltendmachenden (also abgeleiteten) exceptio doli, wenn sie nur überhaupt anzuziehen wäre; dies ist aber zu verneinen.

Ein dürftiges und zweifelhaftes Resultat! zweifelhaft namentlich deswegen, weil jene Fragmente zum grössten Teil aus einer Zeit stammen, welche die allgemeine Klageverjährung nicht kannte,

---

[1]) Seuffert S. 16 erwähnt, Brissonius führe 20 Stellen dieser Art und nur eine auf, wo obicere mit replicatio verbunden werde.

Vgl. z. B. l. 9 D. 6. 1; l. 27. 28. D. 21. 1; l. 7 § 3 D. 44. 2; l. 1 § 3; l. 7 § 3 D. 43. 24; l. 4 § 12. l. 24. l. 11 pr. D. 44. 4; l. 7 pr. D. 7. 9; l. 19 § 2 D. 22. 3; l. 35 D. 2. 14. Replicatio: l. 2 § 1 D. 44. 1.

weil es sich ferner, wie in l. 5 § 6 D. 44. 4, l. 6 C. 8. 35 (36) um so vieldeutige Rechtsmittel handelt, wie die exceptio und replicatio doli, weil sie endlich alle so allgemein und unbestimmt gehalten sind, dass einerseits eine positive Deutung aus ihnen als Wagnis erscheinen muss, um so mehr, als die römischen Juristen bei den erwähnten Aussprüchen kaum an die uns beschäftigende Streitfrage gedacht haben, dass es andrerseits sehr wohl möglich ist, sie mit einer vorgefassten Meinung in Einklang zu bringen.

Hierbei muss man sich, so betrübend es auch sein mag, die behauptete Verjährung der (abgeleiteten) Einreden durch keine dies direkt aussprechende Quellenstelle belegen zu können, beruhigen und man kann es, wenn man, wie es hier geschieht, jene Frage nur als eine sekundäre, der nach der Verjährungswirkung überhaupt untergeordnete und aus ihr heraus zu beantwortende auffasst.

§ 7.

b) Allgemeine Begründungen.

Je dürftiger und unzureichender die Quellenstellen sind, welche für die vorliegende Streitfrage benutzt werden können, um so bedeutungsvoller wäre es, wenn man andere mittelbare quellenmässige Argumente für die Verjährung der (abgeleiteten) Einreden anführen könnte, wie es bei der überhaupt bestimmter gestalteten Controverse über die stärkere oder schwächere Wirkung der Verjährung möglich war.

Man hat nun auch hier versucht, die Verjährung der Einreden positiv zu begründen, und es behauptet

1) Wendt: Jener Satz, dass demjenigen, dem eine actio zustehe, um so mehr auch eine Exception zu vergönnen sei, führe in seiner Umkehrung dazu, „dass die der Klage entgegenstehende Verjährung auch die auf sie zu stützende Exception in Wegfall bringe“.[1])

Es ist schon oben bei Gelegenheit der ähnlichen Sommerschen Ausführungen zu l. 8 § 13 D. 5. 2 [2]) die Unzulässigkeit dieser Schlussfolgerung betont, und der Versuch bekämpft worden, aus dem zwischen den zwei Rechtsmitteln hinsichtlich ihrer Zuständigkeit obwaltenden Verhältnis den Wegfall des einen zu folgern, wenn das andere verschwunden ist; diese Consequenz wäre erst gerechtfertigt,

---

[1]) Lehrb. § 97 S. 267 vgl. l. 156 § 1 D. 50. 17.
[2]) s. oben S. 40.

a) wenn wirklich die Exception an sich als das kleinere, in der Klage, als dem grösseren, enthalten wäre, in ihr aufginge; thatsächlich ist doch aber nur ihre Zulässigkeit in der Zulässigkeit der Klage enthalten, d. h. wer eine Klage hat, hat auch eine Einrede; daraus folgt aber noch nicht notwendig die Umkehrung, dass, wer keine Klage mehr hat, auch der Einrede ermangelt; denn das Recht kann, a priori betrachtet, sehr wohl aus Gründen das schneidigere Rechtsmittel, die Klage, nehmen und das minder gefährliche, die Einrede, lassen.

Unmöglich wäre dies erst,

b) wenn wirklich die Exception „auf sie", d. h. doch wohl die Klage, „zu stützen" wäre; das ist sie aber nicht; die Exception stützt sich nicht auf die Klage, denn diese ist selbst „nicht etwas für sich Bestehendes" und nur „ein Bestandteil, ein Attribut eines anderweit bestehenden Rechtes"; [1]) sondern beide, Klage wie Einrede, stützen sich auf dasselbe Recht, und dann ist es wieder, a priori betrachtet, kein zwingender Schluss, dass ein Recht, welches seine klageweise Geltendmachung eingebüsst hat, nun auch der exceptionsmässigen unfähig sein müsse.

Man hat ferner [2])

2) aus dem Satze: Reus in exceptione actor est [3]) einen Schluss auf die Verjährbarkeit der (abgeleiteten) Einreden ziehen wollen: der Excipient sei nichts weiter, wie ein Kläger, er unterliege daher denselben rechtlichen Nachteilen wie dieser: wie letzterem die exceptio temporis, so könne auch jenem die replicatio temporis entgegengestellt werden.

Diese Beweisführung läuft indessen einerseits auf eine so äusserliche Anwendung der Klageverjährung auf die Einreden hinaus, dass ihre Unzulässigkeit sich schon aus der überaus verschiedenen Parteistellung ergiebt, welche der angreifende und der sich verteidigende Teil einnehmen; andrerseits hat jener Satz einen ganz speciellen Sinn.

Holzschuher [4]) zwar, sonst ein Anhänger der schwächeren Wirkung der Verjährung und der Unverjährbarkeit der Einreden, erklärt ihn dahin, dass der Excipient allen — also auch den aus der Verjährung sich ergebenden — rechtlichen Nachteilen unterliege, wie der Kläger; in diesem Umfange ist aber die Gleich-

[1]) Wächter Pand. I § 103 S. 538 Nro. 1.
[2]) z. B. Unterholzner II. S. 26.
[3]) l. 1 D. 44. 1.
[4]) a. a. O. I. S. 231 ad 12.

stellung des Klägers und des Excipienten in den Quellen nirgends behauptet und die l. 19 D. 22. 3 spricht offenbar, ebenso wie die l. 1 D. 44. 1 nur von der Beweislast, welche beide Teile in gleicher Weise treffe.[1])

§ 8.

c) Begründung speciell aus dem Zwecke des Verjährungsinstitutes.

I. Bei einer Controverse, welche auf so fragwürdigen Gesetzesstellen beruht, wie die vorliegende, ist es natürlich, dass von jeher[2]) allgemeine Gründe für und wider ins Feld geführt worden sind; dass dies berechtigt sei, wird allerdings vielfach verneint.

Während z. B. Sintenis[3]), an den Quellenbeweisen verzweifelnd, meint, man könne nur noch auf allgemeinen Gründen und Consequenzen fussen, wirft Rosshirt[4]) den Sommer'schen Deduktionen diese Art, „den gordischen Knoten zerhauen zu wollen", vor, da sie nur denen eigen sei, „welche lieber überreden als überzeugen wollen", und Kierulff[5]) nennt es einen falschen Gebrauch der ratio legis (sc. der Verjährung), daraus Schlüsse zu ziehen auf die Natur der Wirkungen der Klageverjährung — ohne dass aber beide[6]) sich solcher allgemeinen Deduktionen völlig entschlagen könnten; Schwanert[7]) räumt den letzteren eine wenigstens unterstützende Stellung ein; Bähr[8]) will die Kontroverse überhaupt nicht mit theoretischen Sätzen, sondern nur vom praktischen Standpunkt aus entschieden wissen, während Riemann,[9]) ebenso der vom nationalökonomischen Standpunkte ausgehende Dankwardt[10]) meinen, die vorliegende Frage lasse sich nur durch Deduktion aus einem Principe entscheiden.

Gewiss ist anzuerkennen, dass der Jurist nicht Diener der Rechtsphilosophie, sondern der Satzung ist, und dass es natürlich falsch wäre, allgemeine Argumente allein, oder auch nur primär

---

[1]) vgl. z. B Dernburg Pand. I § 159 S. 361 u. Note 3; Wächter Pand. I § 102 S. 536 Nro. 6; Bahr in Holtzendorff Encyklopädie: Civilprozess (2. Aufl.) S. 582.

[2]) vgl. z. B. Donellus comm. jur. civ. XXII. c. II. § 24; Hommel Vol. III obs. 481 S. 135; Rave § 165 S. 379; Schilter § 32 S. 244; Mevius III. dec. 333 S. 347; Schmidt § 129 S. 245. 247.

[3]) Civilr. I. § 32 S. 315 Note 39 a. A.; ebenso Seuff. Archiv XXI. 7.

[4]) Abhandl. § 2 S. 157.

[5]) a. a. O. S. 191 Note * a. E.

[6]) Rosshirt a. a. O. S. 166; Kierulff a. a. O. S. 211. 212.

[7]) a. a. O. § 22 S. 453; vgl. aber auch S. 454 oben.

[8]) a. a. O. S. 293 unten; vgl. Reichsgerichtsentsch. II, 40.

[9]) a. a. O. § 3 S. 11.

[10]) Nationalökonom.-civilist. Studien (Leipzig 1862) S. 44.

bei Beurteilung der Wirkungen eines so positiv rechtlichen Institutes sprechen zu lassen, wie es die Verjährung ist; aber darf man sie überhaupt nicht mitsprechen lassen?

Wenn es wahr ist, was Kierulff[1]) selbst sagt, dass der juristische Takt, der den Römer in der Entscheidung sicher leitet, sehr häufig unbeholfen und unsicher wird, wenn er es versucht, sich in der Sprache zu manifestieren, so ist nicht einzusehen, warum nicht daraus, dass man die in eine sprachlich zweifelhafte Stelle hineingedeutete Ansicht folgerecht zu Konsequenzen führt, welche des juristischen Taktes ermangeln, ein Rückschluss dahin gestattet sein soll, dass jene Ansicht in der Stelle nicht gemeint sein kann, und dies eben nicht, weil der juristische Takt die Römer vor solchen Konsequenzen bewahrt hätte; mit anderen Worten: wenn die Gesetzesstelle den Worten nach Unverjährbarkeit wie Verjährbarkeit der (abgeleiteten) Einreden aussprechen kann, und die erstere Ansicht Konsequenzen ergiebt, welche von den scharfsinnigen römischen Juristen nicht gewollt sein können, so wird sich zweifellos das Gewicht auf die Seite der Verjährbarkeit neigen.

II. Die Berechtigung dieses Verfahrens wird auch nicht in Frage gestellt durch den von den Gegnern stets betonten und heute allgemein anerkannten Grundsatz: Die (römische) Verjährung sei kein allgemeiner, juristischer Gattungsbegriff; sie sei nicht im Zweifel auf alle Rechte anzuwenden, sondern ein singuläres Institut, das eine Ausdehnung auf Rechte nicht erlaube, die ihm nicht ausdrücklich unterworfen seien, kurz, analogische Anwendung der Klageverjährung auf die Einreden sei zu verwerfen.[2])

Dem stimmen alle Anhänger der Verjährbarkeit der Einreden zu, und können auch wir nur beistimmen, wenn man unter Analogie der Klageverjährung eine mutatis mutandis geschehende Anwendung der Grundsätze von der Klageverjährung auf die Einreden versteht; das will aber niemand; es handelt sich vielmehr nur darum, die Wirksamkeit der Klageverjährung, und zwar unter anderem dadurch festzustellen, dass Folgerungen und Schlüsse aus dem Geist und Zweck des Verjährungsinstitutes auf das etwaige Übrigbleiben eines residuums, nämlich der Einrede, gezogen werden, und es muss, wenn einmal in den Quellen ausdrücklich über die Verjährung der Einreden nichts bestimmt ist, wenn aber die

[1]) a. a. O. S. 213 Note ***
[2]) vgl. Riemann § 5.

Römer bei der Einführung des Verjährungsinstitutes einen bestimmten Zweck verfolgt haben, dann muss es erlaubt sein, daraus, dass dieser Zweck nicht erreicht wäre, wollte man die (abgeleiteten) Einreden nicht verjähren lassen, ein Argument für ihre Verjährbarkeit zu entnehmen.

III. Welches ist nun aber die ratio der römischen Verjährung?

Der Streit um diese Frage erinnert in mancher Hinsicht an den um den Zweck der Strafe und löst sich ähnlich wie dieser: es lässt sich, wenn auch die Gründe jenes Institutes mannigfach sind, zum Teil auch in einander übergehen, ein oberster Zweck finden, in dem die übrigen aufgehen: Der Zweck der Verjährung ist in erster Linie Herstellung des Rechtsfriedens, objektive Sicherung der Lebensverhältnisse: Darin geht dann auf die Verminderung der Prozesse, wie sich von selbst ergiebt; die Bestrafung der Nachlässigkeit und die Präsumtion des Verzichtes und der Tilgung: denn sie sind nur „Beschönigungsmomente",[1]) Gründe, welche die Erreichung jenes Zweckes auf diesem Wege, durch dieses so beschaffene Institut rechtfertigen; der Schutz des Beklagten und die Erleichterung der Beweislast für ihn: denn sie bedeuten nur die specielle Anwendung des Friedenszweckes auf den Reus und in der Kehrseite eine Beschränkung des Klägers, leichtfertig den Rechtsfrieden zu stören.

Dieser Zweck der (römischen) Verjährung ist aber bestritten gewesen, und es ist noch bei derjenigen Theorie zu verweilen, welche den Grund der Verjährung einzig und allein in der Bestrafung des saumseligen Klägers sehen will.

a) Die Nachlässigkeitstheorie:[2]) der einzige Grund der (römischen) Verjährung liege in der desidia des Befugten, der innerhalb der gesetzlich bestimmten Zeit sein Recht nicht geltend machte, und deren Bestrafung; d. h. die Verjährung sei in odium creditorum eingeführt.[3])

Diese Behauptung, deren ausführlichste Verteidigung namentlich von Guyet unternommen ist und die nur den Fehler allzu-

---

[1]) Ryck a. a. O. S. 42 Note 1.

[2]) Literatur namentlich: Guyet S. 66 ff.; Vermehren S. 327 ff.; 347 ff.; Büchel S. 25 ff.; Löhr S. 66 ff.; Savigny IV. § 177 S. 299 Nro. 2, V. S. 265 ff.; 424 ff.; Sintenis bei Zu Rhein S. 275 ff.; v. Vangerow a. a. O. I. § 151 S. 232; Bekker in s. Jahrb. IV. S. 440.

[3]) So namentlich Guyet a. a. O.; Mackeldey Lehrb. § 199, 1; vgl. Seuffert Pr. Pandektenr. I § 31 Note 5.

grosser Einseitigkeit, allzu radikaler Fassung hat, stützt sich namentlich auf:

c. un. C. Theod. 4. 14; c. 2 C. 7. 40; c. 3 i. f. C. 7. 40.

Wenn nun in der ersteren Stelle bestimmt wird, dass derjenige, welcher im Vertrauen auf die bisherige Perpetuität aller Klagen vor der nunmehrigen Einführung der 30jährigen Verjährung den gesetzlichen Zeitraum unthätig habe verstreichen lassen, keinen Anlass zur Beschwerde und noch eine 10jährige Frist zur Geltendmachung seines Rechtes haben solle, wenn c. 2 C. 7. 40 betont, es solle ein Unterschied obwalten zwischen den desides und vigilantes, wenn in c. 3 C. 7. 40 Justinian bemerkt, dass die exceptio temporis gegen (d. h. doch nur: nicht etwa für) die desides und sui iuris contemptores eingeführt, und diesen nicht auch derjenige zuzuzählen sei, qui obnoxium suum in judicium clamaverit, so kann und soll gar nicht geleugnet werden, dass sich in den römischen Quellen mannigfache Beziehungen zu der Nachlässigkeit des Berechtigten, und deren Berücksichtigung ausgesprochen finden; doch muss der Auffassung entgegengetreten werden, als sei in diesen Aussprüchen lediglich und allein die Saumseligkeit als Grund der Verjährung angegeben; denn:

a) Diesen Stellen stehen ungleich zahlreichere, später zu berücksichtigende, gegenüber, welche in klarer, nicht misszuverstehender Weise als Zweck der Verjährung die Herstellung des Rechtsfriedens hinstellen, und die nicht auf so energische aber willkürliche Art aus dem Wege geräumt werden können, wie es Guyet versucht.[1])

b) Wäre die Verjährung nur poena negligentiae, so könnte sie nicht auch Personen schaden, deren Saumseligkeit das römische Recht sonst zu entschuldigen, und die es von nachteiligen Folgen eines gerade die Qualität des Klägers betreffenden Gesetzes zu entbinden pflegte[2];) ausdrücklich ist aber in c. 3. C. 7. 39 das Gegenteil statuiert.

Dass die l. 1 § 2 C. 7. 40, in der die Hauskinder für gewisse Fälle von den nachteiligen Folgen des Zeitablaufs befreit werden, und auf welche sich Guyet stützt, in erster Linie auf einem anderen Princip beruht, weist Vermehren[3]) nach.

---

[1]) vgl. z. B. a. a. O. S. 69. 70. 72. 84. 85.
[2]) Büchel 30, Löhr 67, Vermehren 330.
[3]) Vermehren 332/333.

c) Auch faktische Hindernisse hinsichtlich der Klageanstellung müssten eine Hemmung des Verjährungslaufes bewirken, da hier ja von einer desidia des Berechtigten nicht die Rede sein kann; in Wirklichkeit geschieht dies aber regelmässig nicht.[1])

d) Ein Gesetz ist nicht schon deswegen ein Strafgesetz, weil es mit nachteiligen Folgen für gewisse Personen verbunden ist; man müsste sonst alle Gesetze, welche dem Gegner eine exceptio perpetua geben, als zur Strafe des dadurch geschädigten eingeführt betrachten.

e) Wäre die Verjährung nur Strafe der Nachlässigkeit, so müsste sie dem gegenüber, der sich keiner solchen schuldig gemacht, nicht blos beschränkt wirken, sondern ganz ausfallen: solange der einen Forderung eine kompensable Gegenforderung gegenübersteht, müsste die Verjährung stillstehen, die Forderung also auch nach Ablauf ihrer Verjährungsfrist sogar durch Klage geltend zu machen sein.[2])

f) Die Auffassung der Verjährung lediglich als einer Strafe des Berechtigten könnte nur für einen Staat berechtigt sein, welcher den Inhalt des Ihering'schen Kampfes ums Recht zum Gesetz erhoben und allen Trägern eines subjektiven Privatrechts die Verfolgung desselben zur rechtlichen Pflicht gemacht hätte, nicht aber für das römische Recht, welches von dem praktisch nüchternen Grundsatz ausging: Nemo suo iure uti cogitur (c. un. l. 3. 7; l. 156 pr. D. 50. 17).

Würde so einmal die Verjährung, als eine poena desidiae aufgefasst, zu Konsequenzen führen, welche vom römischen Recht nicht gezogen sind, so soll andrerseits nicht geleugnet werden, dass die Gesetze bei jedem Falle der Verjährung die Nachlässigkeit und umgekehrt die dem Berechtigten gegebene Möglichkeit, den ihm aus der Verjährung erwachsenden Schaden durch Sorgfalt zu vermeiden, berücksichtigen und berücksichtigen müssen, soll jenes Institut nicht in Unbilligkeit und Grausamkeit ausarten; jener Anschauung aber, als sei die Bestrafung der Saumseligkeit der einzige Zweck der Verjährung, ist mit dem Satze gegenüberzutreten: die Verjährung bezweckt in letzter Linie den Rechtsfrieden, und diesem Zwecke unterordnen sich alle übrigen Gesichtspunkte.

---

[1]) Büchel 30.
[2]) Bekker IV. S. 440 (im Jahrb.).

b) Der Frieden ist der Zweck des Rechtes überhaupt, der Frieden, die objektive Sicherheit der Lebensverhältnisse der Zweck der Verjährung, und er ist auch der Zweck der römischen Verjährung; dass dieser sich unzweideutig in den römischen Rechtsquellen ausgesprochen findet, haben Büchel, Vermehren u. A. [1]) so überzeugend nachgewiesen, wird auch von den meisten Anhängern der Unverjährbarkeit der Einreden so unumwunden zugestanden, dass eine kurze Verweisung auf die einschlägigen Stellen genügt.

Zwar wird in diesen jener Zweck nicht stets von der Klageverjährung, sondern oft von der usucapio ausgesprochen; da diese aber die älteste Art der Verjährung überhaupt, so liegt anerkanntermassen, kein Grund vor, nicht die gleiche Zweckbestimmung auch bei der Extinktivverjährung anzunehmen.

Abgesehen von Nicht-Juristen, von denen z. B. Cicero [2]) die usucapio: finis sollicitudinis ac periculi litium nennt, Cassiodor [3]) der triennalis praescriptio die Rolle einer patrona generi humano zuteilt, finden sich auch bei den Juristen zahlreiche Belege dafür, dass sie die hohe Bestimmung der Verjährung klar erschaut haben: sonst könnte Papinian [4]) die Verjährung der Statusklagen nicht publica tutela nennen; Celsus, [5]) ebenso Paulus (für ein ähnliches Institut) [6]) nicht hervorheben, die Verjährung sei dazu eingeführt, Prozessen um vermorschte Rechte einmal ein Ende zu machen oder doch ihre Zahl zu vermindern; Gaius [7]) könnte nicht so betonen, dass sie die Gewissheit, Sicherheit des Eigentums bezwecke, ohne deshalb eine Unbilligkeit für den Verlierenden zu enthalten; schärfer noch findet sich jene Überzeugung von der praktischen Notwendigkeit und dem hohen Ziele der Verjährung in den Novellen ausgesprochen: so namentlich in Nov. Valent. III tit. 27, ferner in der Nov. 111 praef. c. f. hinsichtlich der von Justinian früher den Kirchen verliehenen 100jährigen Verjährung, [8]) wo von Vermeidung unendlicher Chikanen, Abschneidung alter Prozesse u. s. w. als eigentlichem Zwecke der Verjährung die Rede ist. Zieht man dann noch die c. 4. C. 7. 39 an, welche u. A.

---

[1]) Büchel 27 ff.; Vermehren 349 ff.: Löhr 66 ff.: vgl. Savigny V. 268.
[2]) pro Caecina cap. 26.
[3]) Var. epist. V. 37.
[4]) l. 2 § 1 D. 40. 15.
[5]) l. 5 D. 41. 10.
[6]) l. 2 pr. D. 39. 3.
[7]) II. § 44; l. 1 D. 41. 3.
[8]) Gegen Guyet S. 71, der diese Stelle nicht gelten lassen will, siehe Büchel S. 28·29 Note 77.

anerkennt, dass lange unangefochtene Verhältnisse nicht immer chikanöser Störung ausgesetzt sein dürfen, endlich c. 7. pr. C. 7. 39, in welcher darauf hingewiesen wird, dass die Possessores nicht in ewiger, unauslöschlicher Angst schweben sollen, vielmehr eos, qui largitate nostra nituntur, nulla inquietudine lacessendos, wie es bei Gelegenheit der vierjährigen Verjährung hinsichtlich des Fiskus heisst,[1]) dann zeigt sich deutlich, dass die römischen Juristen, in klarer Erkenntnis des eigentlichen Wesens der menschlichen Verhältnisse, die Verjährung in dem Bedürfnis begründet gefunden haben, das Schwankende, Unsichere derselben in eine möglichst enge Spanne Zeit zu bannen und eines derselben nicht ohne Not zu einer Zeit zerstören zu lassen, wo es bereits mit vielen anderen tausendfältig verbunden ist.

Denn die menschlichen Verhältnisse sind einmal so gestaltet, dass eines die Grundlage des anderen wird, das spätere sich an das frühere ansetzt, selbst wieder das Fundament zu neuen Entwickelungen bildet und so stets weitere und weitere Kreise zieht; aus ihnen allen, die allmählich nicht blos durch das gemeinsame Band der Zeit, sondern durch ihr innerstes Wesen, ihre Begründung mit einander verwachsen, türmt sich ein Bau empor, welcher aus der Vergangenheit in die Gegenwart hineinragt, und an dem kein Stein gerührt werden kann, ohne nicht das ganze Gefüge zu erschüttern.

Geschieht nun ein Stoss nach dem Fundament hin, dann fällt nicht blos dieses, sondern das ganze Gebäude, der Komplex jener bunten Reihe von mannigfachen Verhältnissen stürzt nach; um so gefährlicher, je höher das Gebäude gediehen war, je weitere Kreise es erfasst hatte.

Um diese schweren Nachteile zu vermeiden, sieht sich das Recht nach einer Waffe um und findet sie in der Verjährung: es schneidet die Möglichkeit zu jenem gewaltsamen Umsturz für die Zukunft ab und gewährt jenem Komplex nun die Möglichkeit, sich ungestört weiter zu entfalten und die Lebenskreise von anderen Personen zu erfassen, ohne dass diese zu fürchten brauchen, auf einen Grund zu bauen, der etwa der Gefahr steter Anfechtung ausgesetzt wäre.

Die Berechtigung hierzu findet es einerseits darin, dass etwa der Entwickelung jener Verhältnisse entgegenstehende Rechte genügend Zeit hatten, geltend gemacht zu werden; wurden sie es

---

[1]) c. 1 C. 7. 37.

nicht, so kann der Berechtigte nicht über einen Verlust klagen, den er selbst hätte von sich abwenden können; es findet sie andrerseits in der Präsumtion des Verzichtes und der Tilgung: denn die empirische Betrachtung der menschlichen Handlungsweise muss ergeben, dass nach dem normalen Lauf der Dinge Privatrechte sobald als möglich geltend gemacht werden, und daher spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass Ansprüche, welche einem seit langer Zeit bestehenden Zustand entgegenstanden und nicht verfolgt wurden, eben schon aufgegeben oder auf eine andere Art erledigt sein werden; denn warum hätte sonst der Berechtigte die ihm zur Geltendmachung gewährte Möglichkeit nicht benutzt?

Möglich zwar, dass andere Umstände dies bewirkten; aber darauf kann und will das Recht sich nicht einlassen, sondern muss in Verfolgung seines obersten Zweckes, die Bestimmtheit der Zustände zu erzielen, für die Zeit nach Ablauf der Verjährung verbieten, dass irgend eine dieser Möglichkeiten erörtert werde, und es genüge, wenn der Präskribent dem Fordernden einfach entgegenhalte: es liegt Verjährung vor.

Dieses Institut erhält somit den Charakter einer gewissen Unbestimmtheit, der sich darin zeigt, dass für den Zeitraum der Verjährung alle Möglichkeiten offen gelassen werden, durch welche der der Verjährung unterliegende Anspruch etwa erledigt sein könnte, dann aber mit Ablauf der Verjährungszeit alle diese Möglichkeiten in die eine bestimmte Art der Erledigung aufgehen: der Anspruch ist verjährt, und so, betont Savigny,[1]) liegt das Wesentliche und Wohlthätige der Klageverjährung gerade darin, „dass es fast immer ungewiss bleiben wird, ob die Schuld bereits getilgt ist, also blos der fehlende Beweis ergänzt wird, oder ob gegenwärtig die Klageverjährung eine selbständige Veränderung bewirkt".

Hieraus ergiebt sich dann auch von selbst, dass die Verjährung trefflich die Funktion erfülle, den etwa nach Ablauf der Verjährung beklagten Schuldner gegen Chikanen des Gläubigers zu schützen und ihm die Beweislast zu erleichtern; denn sie überhebt ihn der schwierigen Herbeischaffung sonst zum Beweise dienender Mittel und giebt ihm in der exceptio temporis eine Verteidigungswaffe in die Hand, gegen welche alle Chikanen des Klägers machtlos sind.

---

[1]) V. S. 269.

Was also für die Begründung der Verjährung ins Feld geführt wird, alles sind Momente, welche die Einführung jenes Institutes gefördert, wesentlich dabei mitgespielt und die Ausgestaltung desselben im einzelnen beeinflusst haben; aber sie sind nur Begleitmomente des obersten Zweckes, der Herstellung des Rechtsfriedens nach gewisser Zeit und es ist daher einseitig, nur die Saumseligkeit des Berechtigten als Grund anzugeben und daraus die, von diesem Standpunkte aus allerdings notwendig sich ergebende Unverjährbarkeit, oder nur die Präsumtion des Verzichtes bezw. der Tilgung und daraus die ebenso notwendig folgende Verjährbarkeit der fraglichen Einreden abzuleiten; es ist vielmehr bei der allgemeinen Betrachtung vor allem der oberste Zweck der Verjährung im Auge zu behalten, daneben aber auch auf jene Begleitmomente Rücksicht zu nehmen, da nur ein harmonisches Zusammenstimmen ihrer aller zur gerechten Erreichung jenes Zweckes führen wird.

IV. Dieser Zweck nun in seiner Anwendung auf die Exceptionen, das ist schon von vornherein klar und wird später bei der Betrachtung der aus der gegnerischen Ansicht folgenden Konsequenzen noch deutlicher erhellen, ist völlig zu verwirklichen nur, wenn man dem Beklagten die Befugnis abspricht, sich noch exceptionsweise auf ein verjährtes Recht zu berufen;[1]) aber — und damit wird den Gegnern ein gewichtiges Argument zum Teil eingeräumt — diese Entscheidung ist, wenigstens vom Standpunkte des Einzelfalles aus gesehen, nicht ohne eine gewisse Härte.

Denn „man wird es dem naiven Laiengefühle nicht verübeln dürfen, wenn es . . . Anstoss daran nimmt, dass ohne sonstige Änderung des Thatbestandes eine Sekunde aus Unrecht Recht, und aus Recht Unrecht zu machen vermöge“;[2]) es ist nicht zu leugnen, dass das Gefühl des anständigen Menschen eine verjährte Forderung, eine verjährte Schuld noch als Forderung, als Schuld betrachtet und es als Unbilligkeit empfindet, wenn der Gläubiger, der durch Verjährung seine Klage verloren hat, zur Ausgleichung dieses ihm durch das Recht selbst zugefügten Nachteils sich nicht einmal

---

[1]) Wenn Brinz Pand. I. S. 404 meint, der Umstand, dass nach 30 oder 40 Jahren endlich Ruhe sein soll, stehe nicht entgegen, weil auch res judicata finis litis sei und dennoch eine Naturalobligation übrig lasse, so ist dies ein Ausfluss seiner eigenen mit Savigny übereinstimmenden Ansicht über die streitige Natur der res judicata, und er muss es sich gefallen lassen, dass die Verteidiger der stärkeren Wirkung der res judicata aus ihrer gegenteiligen Ansicht auch gegenteilige Konsequenzen ableiten; vgl. z. B. Savigny V. S. 376 Note c; Wächter Handb. II. 502 Note 18, Sintenis Civilr. I. S. 303 Note 57.

[2]) Bekker System I § 38 S. 124.

darauf soll berufen können, dass sein nun als Kläger gegen ihn auftretender (früherer) Schuldner, wenn auch durch die Verjährungseinrede geschützt, immer noch sein Schuldner sei; denn dieser hat doch nun einmal nicht geleistet, was er leisten sollte, und damit nicht genug, tritt er noch selbst gegen seinen früheren Gläubiger klagend auf und verlangt von diesem eine Leistung, ohne selbst seiner Pflicht nachgekommen zu sein; und wenn nun der Beklagte geltend macht, dass der Kläger nach dem Gefühl aller anständigen Menschen nicht durch blossen Zeitablauf seiner Verpflichtung ledig geworden sei, dann soll das Recht dem Bedrängten diese Waffe aus der Hand reissen und dem Kläger die replicatio temporis gestatten?

Hier entsteht ein schwerer Konflikt: Wer das Hauptgewicht auf die Wahrung des Einzelrechtes legt, wird die Exception gestatten, wer den Zweck der Verjährung als oberste Richtschnur im Auge behält, wird sie verneinen.

Denn wenn dieser eben darauf hinausläuft, dem sich in der Zeit bewegenden, einer festen, soliden Basis bedürfenden Verkehr die Möglichkeit zu schaffen, von einem bestimmten Zeitpunkt an sich frei und ungehindert zu entwickeln, ohne einen Angriff auf eben seine in der Vergangenheit ruhende Basis zu einer Zeit fürchten zu müssen, wo dieselbe schon Fundament zahlreicher, bis in die Gegenwart reichender weiterer Entwickelungen geworden ist, wenn diese letzteren nicht durch leichtfertige Chikanen, welche ihre Berechtigung aus einer weit zurückliegenden Vergangenheit herholen wollen, in Frage gestellt werden sollen, wenn den jungen Rechten, deren Daseinsbedingungen in dem frisch treibenden Leben der Gegenwart ruhen, freie Entfaltung gegönnt werden, und sie nicht fürchten sollen, plötzlich Ansprüchen weichen zu müssen, die in einer schon der Vergessenheit angehörenden Zeit wurzeln, dann muss es als unbeabsichtigte, aber unausbleibliche Konsequenz angesehen werden, dass der Verwirklichung jenes Zweckes entgegenstehende Rechte niedergemäht werden.

Das Wesen der Verjährung besteht hiernach gerade darin, „unter Umständen das erweisliche materielle Recht mittelst Zeitablaufs in formelles Unrecht umzuwandeln“,[1]) ihr Weg führt über zertretene Einzelansprüche und muss es, weil das hohe Gut der Bestimmtheit, Sicherheit des Verkehrs einen Preis fordert und um keinen niedrigeren zu haben ist als diesen. Aber diese Einzelopfer

[1]) Pfeiffer a. a. O. VII. S. 320.

können jenem hohen Ziele gegenüber nicht in Betracht kommen, mehr oder minder mag „ein jedes Rechtsgeschäft, das ein Recht und eine Gebundenheit mit der Zuverlässigkeit festsetzt, ohne die kein Verkehr denkbar ist, unerwarteten Verlust für den einen, unzuständigen Gewinn für den anderen Teil zur Folge haben“,[1]) doch nur, wer lediglich den einzelnen Fall im Auge behält, gegen die wohlthätigen Folgen aber, welche die Verjährung für das allgemeine Ganze erwirkt, die Augen verschliesst, kann dieses Resultat, kann es als unbillig empfinden, dass das Recht eines Einzelnen dem allgemeinen Rechtsfrieden zum Opfer falle; er muss dann auch alle jene Institute, welche vom Rechte im Widerspruch mit seiner abstrakten Konsequenz und im Interesse der Allgemeinheit gesetzt sind, so die Expropriation, lediglich als Ausfluss der Ungerechtfertigkeit betrachten, denn auch diese vernichtet, um ihren Zweck, die Erzielung von gemeinnützigen Einrichtungen, zu verwirklichen, die festest gegründeten Privatrechte; er übersieht dann nur eines: dass nämlich eben jene, manche Einzelrechte vernichtende Institute, auch die Momente in sich tragen, welche sie mit dem Rechtsgefühl versöhnen.

Es geht, sagt Puchta,[2]) „neben dem Recht als ein nicht auszuschliessendes, als Schatten ein vom höheren Standpunkt als solches sich darstellendes Unrecht her. Soll nun dagegen nicht eine Hülfe bereitet werden? Hier ist vor allem leicht einzusehen, dass mit allzu grossem Eifer auf Beseitigung desselben die erheblichen Vorteile bestimmter rechtlicher Ordnung leicht eingebüsst werden könnten. Sie sind nicht ohne Opfer, nicht ohne einen Preis zu haben, sie sind aber noch immer ein höheres Gut, als dieser Preis eines möglichen Unrechts, wenn diese Möglichkeit nicht die Grenze des Ertragens überschreitet. Erträglich aber muss dies stets scheinen, wenn jeder durch Aufmerksamkeit und billig zu fordernde Vorsicht bei seinen Handlungen den möglichen Schaden vermeiden kann“.

Wie in dieser Hinsicht, um das zugefügte Unrecht erträglich zu machen, bei der Enteignung dem sich beklagenden Expropriierten entgegengehalten werden kann: das öffentliche Interesse verlangt deine Sache, du kannst nicht klagen, denn du erhieltest Entschädigung, so bei der Verjährung dem sich beschwerenden Gläubiger: die Sicherheit der Verhältnisse erheischt den Verlust deines Rechtes, doch kannst du nicht klagen, denn das Gesetz gab

[1]) Puchta Inst. I § 177 S. 545 unten.
[2]) Institutionen I. § 177 S. 545/46.

dir Zeit. Lässt der Gläubiger diese Zeit unbenutzt verstreichen, dann greifen jene Beschönigungsmomente ein, welche die Verjährung von dem Vorwurf der Härte reinigen: der Gesichtspunkt der Nachlässigkeit und der Präsumtion der Tilgung bezw. des Verzichtes.

Wenn so zunächst die Nachlässigkeit ein wesentliches Moment für die gerechte Gestaltung des Verjährungsinstitutes im einzelnen ist, ist es dann damit verträglich, nach Verjährung des Klagerechtes auch die Einrede, deren Nichtgeltendmachung als solcher dem Berechtigten ja nicht zur Last gelegt werden kann, weil er dazu die gegnerische Klage abwarten musste, auch sie fortfallen zu lassen?

Die Gegner, welche nur von der Nachlässigkeit ausgehen, verneinen dies natürlich: [1]) es sei zwar zweckmässig, dem Gläubiger eben wegen seiner desidia nach Ablauf der gesetzlichen Frist sein Klagerecht zu entziehen; eine Ausdehnung dieser Strafe auf Punkte, in denen nicht gesündigt worden (also Vorschützung der Einrede) könne weder veranlasst, noch gerechtfertigt erscheinen; aber auch Savigny, [2]) welcher der desidia nur die angegebene Stellung eines Begleitmoments unter den Verjährungsgründen anweist, hält die Bejahung obiger Frage nicht mit der Billigkeit für vereinbar: denn, führt er aus, während die Nachlässigkeit, woraus die Klageverjährung entspringt, darin besteht, dass der Berechtigte unterlässt, den ihm entzogenen Genuss eines Rechtes durch Klage wiederzugewinnen, habe hier der Exceptionsberechtigte im wesentlichen den Genuss seines Rechtes, und die Klage, die er verjähren liess, hätte ihm für diesen Genuss eigentlich nur eine andere, vollständigere Rechtsform verschaffen können, ohne seinen Zustand wesentlich zu verbessern; der Gegner aber, der die Verjährung der Exception in Anspruch nehmen möchte, hat den Genuss des faktischen Zustandes noch gar nicht gehabt, es war stets ein zweideutiges Verhältnis, das auch ihn veranlassen konnte, schon früher mit einer Klage aufzutreten, wenn auch die Verjährungszeit dieser Klage noch nicht abgelaufen sein mag.

Savigny stellt also die beiden Parteien einander gegenüber: den A im Besitz von Klage und eventueller Einrede und im ruhigen Genuss des faktischen Zustandes; B im Besitz einer Klage, die später verjährt, als die seines Gegners, und, wie Savigny

---

[1]) Guyet a. a. O. S. 72 Abs. 2.
[2]) V. S. 424.

meint, in einem nur zweifelhaften und unsicheren Genuss; A habe gar kein Interesse daran gehabt, sein Recht durch Klage geltend zu machen, eben, weil er im ruhigen Genusse gewesen.

Es ist nun aber nicht einzusehen, warum das zwischen beiden obwaltende Verhältnis für A ein so viel weniger zweideutiges und unsicheres gewesen sein soll, als für B, da ersterer sich zwar im Genusse des faktischen Zustandes, aber eines Zustandes befand, der jeden Augenblick durch die erst spät verjährende Klage des B angefochten werden konnte und schliesslich angefochten wird? Ein ruhiger Genuss ist doch der nicht zu nennen, welchem ein Gegner gegenübersteht, der die Klage, d. i. die rechtliche Macht hat, jenen Genuss jeden Augenblick, durch Klageerhebung, in Frage zu stellen! Liegt nicht gerade hierin, dass der Gegner eine Klage hat, schon eine Charakterisierung jenes Genusses als eines unsicheren, wenigstens rechtlich unsicheren, da das Recht normaler Weise keine Klage giebt zur Anfechtung eines rechtlich unzweideutigen Verhältnisses! in einem solchen befand sich aber auch A nicht: er hatte einen ruhigen faktischen Genuss doch nicht ganz, denn er sah sich stets einer Klage gegenüber; und selbst ein ganz ruhiger faktischer Genuss hätte ihn noch nicht der Gefahr überhoben, unrechtmässig zu geniessen; ein solcher Geniesser aber hat immerhin ein Interesse daran, die Zweifelhaftigkeit jenes Genusses zur Gewissheit zu machen, seine Klage zu erheben; er ist nicht völlig, vom Standpunkt seines eigenen Intereses aus gesehen, von dem Vorwurf der Nachlässigkeit freizusprechen.

Haben nun aber beide Teile ein Interesse an der definitiven Feststellung jenes zweideutigen Verhältnisses und auch die rechtliche Macht zur Herstellung dieses Erfolges, der eine Klageberechtigte lässt seine Klage verjähren, der andere nicht, sondern erhebt die seine vor ihrer Verjährung, so ist wohl dem ersteren mit ebensoviel Berechtigung der Vorwurf der desidia zu machen, als letzterem; zwar auch dieser wartete lange, liess sogar die gegnerische Klage erst verjähren, bevor er die seinige anstellte, wartete vielleicht bis kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist; aber er stellte eine noch unverjährte Klage an und das muss dem Rechte genügen.

Möglich sogar, dass er aus Chikane erst den Ablauf der Verjährug der gegnerischen Klage abwartete, um nun erst von seinem Rechte Gebrauch zu machen und so die Lage des Gegners zu erschweren: kein Rechtsmittel entgeht der Gefahr, gemissbraucht

zu werden; liegt aber nicht gerade hierin wieder ein Moment, welches bezeugt, dass der Gegner ein eigenes Interesse daran hatte, sein Recht früher geltend zu machen, um jener Gefahr zu entgehen?

Zwar jener ihm nun erwachsende Nachteil der erschwerten Verteidigung trifft, wie Savigny[1]) bedeutsam hervorhebt, nur ihn, den Gegner selbst; aber von demjenigen, welchem ein solcher durch eine ihm jederzeit freistehende Thätigkeit abwendbarer Nachteil droht, kann nicht gesagt werden, er habe gar kein Interesse an früherer Geltendmachung seines Rechtes, er sei ganz und gar nicht ein sui juris contemptor;[2]) andrerseits aber hat nicht blos er, sondern auch der Kläger nun einen Schaden, da ihm der Gebrauch einer Replik gegen die Exception des Gegners durch die Länge der Zeit bedeutend erschwert wird. Wenn Savigny[1]) entgegnet, der Replicierende habe diesen Nachteil sich selbst zuzuschreiben, warum klagte er denn erst so spät, so ist ihm zu erwidern, das von einem „spät" oder „früh" in dem Gebrauch dieser Klage nicht die Rede sein kann, so lange dieselbe noch innerhalb ihrer Verjährungsfrist erhoben wird; ob einen Tag nach Beginn ihres Laufes, ob einen Tag vor Ablauf, muss gleichgiltig sein, denn es wird zur rechten Zeit geklagt; schliesslich aber kann der Schaden der Erschwerung der Replik auch einen Unschuldigen treffen, wie etwa den Cessionar, dem doch ein Vorwurf wegen Nachlässigkeit nicht zu machen ist: auch er könnte niemals einen wirksamen Gebrauch von seinem Rechte machen, sollte ihm immer und immer wieder die Exception als eine unverjährbare entgegengehalten werden können.

Demgegenüber muss auch der von Savigny[1]) angeführte Gegengrund, der Exceptionsberechtigte habe, sich mit dem ihn befriedigenden materiellen Zustande begnügend, die Klage, die ihm meist nur eine grössere formelle Sicherheit gewährt hätte, aus Liebe zum Frieden[3]) unterlassen, also ganz im Sinne der Verjährungsgesetze gehandelt, völlig belanglos sein.

---

[1]) V. S. 426.

[2]) Nur dieses wird behauptet und kann behauptet werden, nicht, wie Wildhagen unterstellt, a. a. O. S. 15, dass der Betreffende die Einrede blos deswegen verloren haben soll, weil er nicht die ihm auch zustehende Klage geltend gemacht hat, dies wäre allerdings der Standpunkt der reinen Nachlässigkeitstheorie.

[3]) Dieser Grund schon von Claproth § 4 geltend gemacht: . . qui ideo intra definitum tempus non agit quod lites excecratur: Claproths Buch war mir nicht zugänglich, die citierte Stelle findet sich bei Rave a. a. O. § 165. S. 381. 382; vgl. Hommel Vol. III obs. 481 S. 135. . . immo laudanda patientia hominis lites exsecrantis.

Denn, wie Savigny[1]) selbst betont, ist das Recht durchaus nicht so materiell, „als ob die blosse Herabsetzung der Prozesse ein wünschenswertes Gut wäre“, und es ist ganz und gar nicht zu erstreben, dass die Erhebung von Rechtsmitteln, welche der Sicherung der Zustände hätte dienen können, aus Liebe zum Frieden unterlassen werde; im Sinne der Verjährungsgesetze handelt Derjenige durchaus nicht, welcher ihrem vornehmsten Zwecke, Herbeiführung von Sicherheit und Bestimmtheit durch Klageanstellung hätte dienen können, aber nicht gedient hat, und es ist eine übel angebrachte Liebe zum Frieden, welche den Berechtigten bewegt, gerade das wirksamste Mittel aufzugeben, durch welches er das zu Grunde liegende Verhältnis noch frisch und neu zur rechtlichen Discussion hätte bringen und so der vorzüglichen Tendenz der Verjährung dienen können, zu verhindern, dass Streitigkeiten um längst vermorschte Rechte wieder heraufbeschworen würden.

Gewichtiger ist der von Wildhagen[2]) erhobene Einwand: wenn das Recht Klage und Einrede gestattet, so habe dies einen Sinn nur, wenn es dem Berechtigten überlassen wolle, welche er wähle; der Berechtigte klagt nun nicht, weil er anstatt der schwierigeren Rolle des Klägers, die angenehmere des Beklagten wählt; irgend eine Nachlässigkeit ist darin nicht zu erblicken, denn warum soll nicht ein Jeder so bequem als möglich sein Ziel zu erreichen suchen?

Gewiss kann das Jeder, er muss dann aber auch die notwendigen und gerechten Folgen seiner Bequemlichkeit tragen; gewiss stellte das Gesetz dem Berechtigten die Alternative zwischen Klage und Einrede frei; gab ihm aber als das primäre, dem Principe der Verjährung angemessenste Rechtsmittel die Klage, um zum Wohle der Allgemeinheit schnell und sicher die Bestimmtheit des Zustandes zu erreichen, und objectiv, von diesem Zwecke aus gesehen, stellt sich das Verhältnis doch nun so: Der Exceptionsberechtigte scheut sich aus Bequemlichkeit, das Martyrium des Klägers auf sich zu nehmen und die Initiative zu ergreifen; der Gegner aber, von diesem Standpunkt aus, hinsichtlich der Herbeiführung des vom Recht gewünschten Erfolges, weniger bequem, bürdet sich die schwierigere Rolle des Klägers auf und klagt, und unter diesem Gesichtspunkt erscheint es doch unrichtig, der

---

[1]) V. S. 272.
[2]) a. a. O. S. 15; Riemann § 5 S. 13/14.

lässigeren Partei ihre Exception, als eine unverjährbare, zu gestatten, der weniger lässigen dagegen die Replik (der Verjährung) zu versagen.

Unterlässt vielmehr der Berechtigte die Erhebung der Klage, so ist ihm, wie eben ausgeführt, der Vorwurf der Nachlässigkeit nicht ganz zu ersparen, adminikulierend greift dann aber noch das Moment der Präsumtion der Tilgung, beziehungsweise des Verzichtes ein.

Dieser letztere Gesichtspunkt, der namentlich, aber wohl etwas einseitig, von Hegel[1]) und Kierulff[2]) betont wird, „die Notwendigkeit, dass der Wille, etwas zu haben, sich äussere,[1]) führt, wenn auch wohl nicht so notwendig, wie Kierulff meint, zu der Annahme, dass der Träger eines subjektiven Privatrechtes, welcher dieses während der ganzen ihm vom Gesetz freigestellten Zeit nicht in der ihm zustehenden unmittelbarsten, wirksamsten juristischen Form der Klage verfolgte, deutlich genug seinen Willen zu erkennen gegeben hat, sich um dieses Recht überhaupt nicht zu kümmern; denn wenn ihm wirklich viel daran gelegen wäre, hätte er es wohl verfolgt, da er es nicht verfolgte, wollte er es wohl nicht; schwerlich ist es,[3]) wie man wohl einwenden könnte, denkbar, er habe sich zwar seiner Klage aus dem Rechte begeben, aber die Einrede reserviren, und so, was er auf der einen Seite weggab, auf der anderen zurückbehalten wollen; vielleicht auch, und das ist wichtiger, war sein Anspruch schon auf irgend eine Weise erledigt worden; auf welche, ist dem Rechte gleichgültig und will es gar nicht erörtern.

Denn hierin liegt gerade das charakteristische Merkmal dieses Moments, der Tilgungspräsumtion, hierin das Wohlthätige, das daraus für die Verjährung resultiert, dass das Recht die Vermutung: nachdem so lange Zeit verstrichen, wird der Anspruch wohl schon irgendwie erledigt sein, nach Ablauf der Verjährungsfrist zur rechtlichen Gewissheit erhebt und nun sagt: „Der Anspruch ist erledigt, vielleicht auf diese, vielleicht auf jene Weise; alle diese möglichen Arten zu erörtern, ist weder nötig, noch zu Gunsten des Verpflichteten statthaft;[4]) genug, ich fasse alle jene Möglichkeiten zusammen unter dem Begriff: Der Anspruch ist verjährt."

[1]) Rechtsphilosophie (2. Aufl. Berlin 1840) § 64 Zusatz S. 101.
[2]) a. a. O. S. 211.
[3]) Sintenis bei Zu Rhein S. 280
[4]) Dass auch das römische Recht bedeutsam den Schutz des Beklagten im Auge hatte, ist angedeutet z. B. in c. 4 § 2 i. f. C. 7. 39: plenissima munitione securus; c. 8 § 1. C. eod: . . uti praesidio; § 1a: . . exceptione munitus sit.

Und gerade diese Wohlthat, welche die Verjährung mit sich bringt, ginge, wie Wildhagen [1]) scharf hervorhebt, in vielen Fällen verloren, wollte man annehmen, dass durch die Verjährung nicht das ganze Recht vernichtet, sondern ein Residuum zurückgelassen würde, welchem eine vis excipiendi verbliebe.

Denn es leuchtet ein, dass die actio unter den vielen möglichen Arten doch auf eine Art erledigt sein kann, welche eine Naturalobligation und damit eine Einrede nicht zurücklässt; für diejenigen Fälle also, in welchen dies wirklich zutrifft, würde es eine schreiende Ungerechtigkeit sein, dennoch die Fortdauer einer Naturalobligation anzunehmen, oder es wäre doch unerlässlich, alle die Arten zu erörtern, auf welche möglicherweise dieser Anspruch erledigt sein kann, um aus derjenigen, die schliesslich als zutreffend gefunden wird, zu sehen, ob nun noch in concreto eine Naturalobligation zurückbleibt; damit aber ginge glücklich der hohe Segen des Verjährungsinstitutes verloren, der eben zum grossen Teil darin besteht, dass jene Frage, ob die actio wirklich erledigt ist oder nicht, und auf welche Weise, nach einer gewissen Zeit zu Gunsten des Verpflichteten durch ihn selbst, durch den Einwand der Verjährung, abgeschnitten werden kann. [2])

Treffend vergleicht daher Wildhagen die Verjährungseinrede mit einem Vorhang, den der Verpflichtete vor die Schicksale der actio zu ziehen berechtigt ist; man erfährt nicht, ob sie weiter lebte oder ob sie beseitigt wurde, und dass man nichts darüber erfährt, ist eben das gute Recht des Verpflichteten; dann können aber auch für das weitere Schicksal der actio nicht Sätze aufgestellt werden, die sich mit möglichen Vorgängen hinter jenem Vorhange nicht vereinbaren lassen, und man kann jedenfalls nicht behaupten, dass eine Naturalobligation immer zurückbleibe und eine Exception stets zustehe.

Wer es behauptet, macht damit die Existenz eines Rechtes von einem reinen Zufall abhängig; ein Zufall [3]) kann aber den rechtlichen Grund für die Existenz, Dauer oder das Wiederaufleben eines Rechtes, sofern dieses, wie bei Bedingungen, nicht gerade auf einen Zufall gestellt, berechnet ist, nicht enthalten; dies wäre

---

[1]) a. a. O. S. 11. 12.

[2]) Hiernach ist die Ansicht von Burckhard a. a. O. S. 502 zu beurteilen, „dass in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sei, ob alle möglichen Ansprüche verjährt sind . . . . und insbesondere auch, ob der Anspruch nur in der Form des Angriffs oder auch in der der Verteidigung erloschen ist."

[3]) Sintenis bei Zu Rhein S. 263. 264.

aber der Fall, wenn die Anstellung einer Klage, einer ganz unabhängigen Rechtsverfolgung, die mit dem verjährten und dadurch unbrauchbar gemachten Rechte unter tausend Fällen vielleicht nur einmal konnex sein wird, eine Einrede sollte zulässig machen können, die dasselbe erstrebt, was durch das verjährte Recht, wäre es nicht verjährt, würde erreicht worden sein.

V. Und die Folgen davon? Aus Furcht vor eben jenem durch den Zufall der Klageerhebung hervorgerufenen Erfolge, der Geltendmachung der Einrede, welche sich der Verfolgung klagbarer Rechte plötzlich entgegenstellt, würden sich die Subjekte des Privatrechts nicht jener Sicherheit erfreuen, welche die Verjährung gerade herbeiführen will, und nur ängstlich und unruhig in rechtliche Berührung mit einander kommen.

Die Exception ist zwar nicht eine dem Verkehr so gefährliche Waffe, wie die Klage, aber sie ist immerhin gefährlich genug, denn da die in Frage kommenden Fälle meist auf Kompensation hinauslaufen werden, ist der Nachteil desjenigen, dem die Exception gegenübergestellt wird, im Resultat meist gleich gross: ob ihm wegen der entgegenstehenden Kompensationseinrede verboten wird, seine Forderung von 100 geltend zu machen, oder ob er die 100 einfach verliert; denn in jedem Falle verringert sich sein Vermögen um 100.

Ebenso wenig würde der Zweck, welchen der Gesetzgeber dabei verfolgte,[1]) dass er eine aus Billigkeit gestattete Klage auf Wiederaufhebung eines dem strengen Rechte nach giltigen Geschäftes an einen kurzen Zeitraum band, erreicht werden, wenn das Recht auf Wiederaufhebung noch lange Jahre hindurch per exceptionem geltend gemacht werden könnte.

Denn des Gesetzgebers Prinzip dabei war offenbar Folgendes: Das an sich giltige Geschäft kann aus Billigkeitsrücksichten wieder aufgehoben werden; mache ich diese Möglichkeit zu einer stetigen, immerdauernden, so entstehen aus der Ungewissheit und Unsicherheit dieses Zustandes Unzuträglichkeiten für den Verkehr, die ich notwendig verhindern muss, und ich beschränke daher jene Möglichkeit auf einen kurzen Zeitraum von vier Jahren.

Wenn nun aber die Aufhebung jenes Geschäftes auch noch nach Ablauf der vier Jahre geltend gemacht werden kann (per exceptionem), dann bleibt die Rechtsbeständigkeit desselben in Frage gestellt auch über den Zeitraum hinaus, welcher gerade zur

[1]) Pfeiffer III. S. 74.

Herbeiführung des Gegenteils, nämlich der Bestimmtheit, angeordnet war; und es wäre eine bösartige Falle des Gesetzgebers, wenn die auf vier Jahre beschränkte Restitution nun noch gegen ein vor 30 und vielleicht mehr Jahren umgangenes Rechtsgeschäft zugelassen werden sollte; der angeblich Verletzte brauchte mit der Verfolgung seines als Klage längst verjährten Anspruches nur abwarten, bis sein Gegner ihn wegen irgend einer Forderung belangte, worauf er das durch die Restitution von demselben zu Erlangende in Zurechnung bringen könnte!

Damit wäre die Unsicherheit der Rechtsverhältnisse, die Möglichkeit chikanöser Verfolgung geradezu gesetzlich privilegiert, die wohlthätige Erleichterung der Beweislast, welche die Verjährung erstrebt, völlig vereitelt; denn gesetzt, [1]) ich gebe dem Handwerker. der für mich arbeitet, ein Darlehn auf kurze Zeit, dann ist für mich der Nutzen der kurzen Verjährungsfrist völlig dahin: ich muss die Beweismittel, dass ich die gelieferten Arbeiten bezahlt habe, bis zur Tilgung des Darlehns in der Hand behalten.

Gerade diejenigen Verjährungsfristen, welche im Interesse des hastigen Verkehrstreibens auf eine kurze Zeit beschränkt sind, zeugen am deutlichsten von den verkehrsfeindlichen Konsequenzen, zu denen jene Ansicht gelangen muss: der Anspruch der actio redhibitoria, der in dieser Form in die enge Spanne von sechs Monaten gebannt ist, sollte nun später im Exceptionsgewande, etwa als Kompensationseinrede dem Fordernden gegenübertreten, und so die Rückgängigmachung eines Kaufgeschäftes bewirkt werden können, welches vielleicht viele Jahre zurückliegt!

Denn statuiert man einmal Unverjährbarkeit, dann leugnet man den alles bewältigenden Einfluss der Zeit auf die fraglichen Einreden überhaupt: diese sind ewig; [2]) das Rechtsgeschäft, aus welchem die Exception erwachsen soll, mag Jahrzehnte weit zurückliegen, die Forderung seit Menschenaltern verjährt sein, das verschlägt nichts, das Lebende muss dem Toten weichen, die Einrede ist ewigdauernd!

„Ein erhebendes Gefühl für den Juristen", spottet Ihering; [3]) „Throne stürzen, Völker vergehen, die ganze Welt unterliegt dem Wechsel der Dinge, aber auf dem Gebiete der (begrifflichen) Juris-

[1]) Bekker in s. Jahrb. IV. S. 440.

[2]) So auch konsequent, ausdrücklich z. B. Koch a. a. O. § VI. S. 32; Wening Ingenheim Lehrb. III. § 554 S. 489/90.

[3]) Scherz und Ernst in der Jurisprudenz 3. Aufl. S. 293; der citierte Ausspruch ist auf die Compensationseinrede gemünzt.

prudenz giebt es Rechtsverhältnisse, die allem Wechsel der irdischen Dinge spotten, denen keine Zeit etwas anhaben kann."

Dann ist aber jene vorzügliche Funktion der Verjährung, dem Präskribenten Schutz vor Chikanen zu gewähren, in ihr gerades Gegenteil verkehrt.

Denn handelt es sich zum Beispiel und hauptsächlich um Anspruch und Gegenanspruch: A hat seine Forderung gegen B verjähren lassen, B hat nachher eine neue gegen A erworben. Muss nicht B jeder rechtlichen Berührung mit A ängstlich ausweichen, wenn dessen verjährte Forderung noch immer das Dasein einer Naturalobligation weiterfristete, diese aber eines Tages, wenn B sich doch, um sein Recht zu verwirklichen, an A wagen sollte, ihm, dem B, gegenüber dem Resultat nach die schneidigen Wirkungen einer unverjährten Obligation äusserte? Kann B jemals wagen, sein gutes Recht zu verfolgen, seine Forderung gegen A geltend zu machen, wenn er sich immer und immer wieder jenen längst vergessenen Anspruch in Form der Einrede entgegentreten sähe?

Aber noch mehr: B muss sich auch fürchten, einen Anspruch, den er gegen C hat, geltend zu machen, denn nichts steht dem im Wege, dass C sich von A dessen verjährte, aber noch als Naturalobligation fortlebende Forderung gegen B cedieren lässt — der Cession sind Naturalobligationen ja fähig [1]) — und nun, sobald B die Klage gegen ihn erhebt, aus jenem Anspruch eine exceptio compensationis vorschützt!

Und umgekehrt: ein X, welcher sich den Anspruch des B gegen A cedieren liess, könnte ebensowenig von diesem Rechte Gebrauch machen, auch er sähe sich plötzlich einer Einrede gegenüber, welche, auf einer seit Jahren verjährten Forderung fussend, sein frisch erworbenes Recht zurückschlägt, ein Totes das Lebendige!

Dann wäre die Verjährung ein höchst kümmerliches Institut, „ein blosses Schattenspiel" [2]) und diente mehr der Beförderung als der Verhütung von Chikanen: der Berechtigte wird nämlich, sagt Sommer [2]) charakteristisch, „um auf krummen Wegen zu erreichen,

---

[1]) So z. B. Dernburg Pand. II. § 50 S. 134; hypothetisch Windscheid Pand. II. § 335 u. Note 16. 17 u. Arndts Pand. § 254, vgl. S. 493 Note 6; dagegen z. B. Schwanert a. a. O. § 12 S. 176—186, Ryck a. a. O. § 5 Nro. 10 S. 32 u. Note 7.

Schwanert u. Ryck — dieser nur hypothetisch — lassen aber Delegation gelten, die der Sache nach zu gleichen Resultaten führen könnte.

[2]) Sommer a. a. O. S. 7. 8.

was ihm auf geraden nie zu teil werden wird, alle seine Aufmerksamkeit darauf verwenden, eine Gelegenheit zu erhalten, wo er dem Schuldner selbst schuldig werden und dann gegenverrechnen könne; dieser wird sich dagegen hüten müssen, auf irgend eine Weise mit seinem alten Gläubiger in Verkehr zu kommen, damit dieser ja nicht gegenverrechnen könne.

Ist der Schuldner in diesem Kampfe auch Sieger, viel helfen wird es ihm nicht; denn was ist leichter, als dass der Gläubiger sein Recht, dem nur die Wirkung einer unzerstörbaren Klage und sonst nichts mangelt, irgend einem Schuldner seines Schuldners überträgt? Was will hier der alte Schuldner antworten? Verstummen muss er und in Demut die unerforschlichen Ratschläge der Gesetze anbeten!"

Eigentümlich wäre allerdings der Sinn der Gesetze, wenn man ihn mit Sintenis[1]) und Dahn[2]) auf das Leben anwendete und dann folgendes Resultat erzielte:

A wird im Jahre 1780 dem B 100 Fl. schuldig, seine Passiva vergrössern sich offenbar um 100, sein Vermögen verliert diese Summe, wie sich die Aktiva des B um 100 vermehren, und sein Vermögen um diese 100 grösser wird, als es ohne Schuld wäre; im Jahre 1812 hat B keine Klage mehr, seine Forderung ist verjährt, er kann sie nicht mehr geltend machen. Quaeritur, wem gehören nun die 100? Doch offenbar wieder dem A, der ein Jus quaesitum darauf hat, dass dieselben nicht mehr als Passiva für ihn gelten.

Nun erwirbt A eine Forderung von 100 gegen B, wie stellt sich jetzt die Sache? Wenn B mit seiner verjährten Forderung kompensieren könnte, so behandelte er einen Vermögensteil, den er längst verloren, als hätte er ihn noch und entzieht dem A sein Jus quaesitum, und „es ist ganz,[3]) als ob der B dem A sagte: Du hast zwar 100 von mir zu fordern, dagegen kompensiere ich aber diesen leeren Geldsack, in dem früher einmal 100 Fl. enthalten waren; freilich habe ich diese 100 aus dem Sacke verloren, aber sie waren doch einmal darinn, und daher kompensiere ich mit meinem leeren Geldsack gegen deine volle Forderung."

Mit Recht nennt Dahn,[3]) ebenso Wildhagen[4]) dieses Argument so schlagend, dass es allein genügen würde, die gegnerische

---

[1]) bei Zu Rhein S. 266.
[2]) a. a. O. S. 50.
[3]) Dahn S. 50.
[4]) Wildhagen a. a. O. Nro. 2. a. A. S. 14.

Ansicht zu verwerfen; allerdings wollen die meisten Gegner[1]) dieser höchst nachteiligen Consequenz zuliebe eine Ausnahme von ihrem sonstigen Grundsatz eintreten und die nach Verjährung restierende Naturalobligation nicht kompensabel gegen eine später entstandene Forderung sein lassen.

Warum sie aber dieses aus praktischen Rücksichten gemachte Zugeständnis nicht auch auf diejenigen Fälle ausdehnen, in welchen die sich aus ihrer Ansicht ergebenden Konsequenzen als nicht minder peinliche gezeigt haben, ist nicht einzusehen, da hier kein Grund weniger dafür spricht, und sie, wie z. B. Dernburg, für die Kompensationseinrede[2]) und die exceptio redhibitoria[3]) oft selbst einräumen, dass vom legislativen Standpunkt aus, wenigstens für die meisten Fälle, die Theorie der Verjährbarkeit den Vorzug verdient.

VI. Dieser legislative Gesichtspunkt, welcher in den letzten Ausführungen erörtert worden ist, kann, wie schon früher betont wurde, nicht allein genügen, allgemeine Deduktionen sind eben keine Gesetze; wenn aber das ganze Verhältnis sich so stellt, dass:

1. die indirekten Quellenargumente, welche für die primär zu beantwortende Frage nach der Wirkung der Verjährung überhaupt angeführt werden, sich überwiegend für die stärkere Wirkung und damit notwendig für die Unzulässigkeit der (abgeleiteten) Einreden nach verjährter Klage aussprechen; wenn ferner:

2. diejenigen Quellenstellen, in denen von Verjährung der (abgeleiteten) Einreden unmittelbar die Rede sein soll, im ganzen zwar so unbestimmt gehalten sind, dass sie einen positiven Aufschluss nicht geben, sich aber sehr wohl mit der gemäss 1. gefassten Meinung vereinbaren lassen; wenn endlich:

3. der vernünftige legislative Zweck, welchen die Römer bei Einführung der Verjährung nur verfolgt haben können und verfolgt haben, sich verwirklichen lässt nur, wenn das der Verjährung unterliegende Recht völlig vernichtet, also auch der vis excipiendi beraubt wird,

dann muss man de lege lata zu dem Schlussergebnis gelangen, dass dasselbe Recht, welches mit einer Klage geltend gemacht werden

---

[1]) z. B. Mühlenbruch Lehrb. II. § 481 S. 551 a. E.; Unterholzner a. a. O. II. § 258 S. 314; Dernburg Compensation S. 472/73; Pand. I. § 150 a. E.; S. 345, II. § 5 S. 13 Note 11; Keller Pand. § 89 a. E. S. 180.

Dagegen z. B.: Weber Beitr. S. 66 ff.; Savigny V. S. 403/404; Rosshirt Abhandl. S. 166; Puchta Instit. II § 208 Note 00 S. 71; Pand. § 92 Note kk; Ryck a. a. O. S. 42.

[2]) Pand. II. § 5 Note 11 S. 13.

[3]) Pand. I. § 150 Note 7 a. E. S. 344.

konnte, nach Ablauf der Klageverjährung auch nicht mehr exceptionsweise geltend zu machen ist.

De lege ferenda, wo sich die Ansichten nicht minder schroff gegenüberstehen,[1]) dürfte der von Hanausek geltend gemachte Gesichtspunkt[2]) mit Modifikation der empfehlenswerte sein:

Als principielle Regel ist festzuhalten: Tant dure l'action, tant dure l'exception; insoweit ein Bedürfnis vorliegt, die einredeweise Geltendmachung eines von der Verjährung betroffenen Anspruches zu gestatten,[3]) ist dies für jede einzelne Einrede besonders zu normieren.

Dann könnten unter Würdigung aller das einzelne Rechtsverhältnis begleitender Umstände, so namentlich der grösseren oder geringeren Länge der Verjährungsfrist, der Billigkeit grössere Zugeständnisse gemacht, und das Problem so einer Lösung zugeführt werden, welche allen von der Verjährung zu berücksichtigenden Momenten den gebührenden Raum lässt und sie harmonisch zusammenfasst.

§ 9.

d) Vermittelnde Theorieen.[4])

Bei der zweifelhaften und unbestimmten Fassung der Quellenstellen, welche für die vorliegende Controverse angezogen werden, ist es erklärlich, dass nicht blos die einander entgegengesetzten Theorieen von der Unverjährbarkeit und Verjährbarkeit aller abgeleiteten Einreden neben einander bestehen können, sondern auch noch Raum für abweichende Meinungen gelassen ist.

Es haben sich so manche Juristen gefunden, welche die Extreme vermeiden und die Einreden, weniger mit quellenmässiger Unterstützung, als ihrer inneren Natur nach in verschiedene Arten teilen, deren eine auch nach Verjährung der respondierenden Klage noch zulässig sein soll, die andere nicht.

Sie alle erwecken den Eindruck, als seien sie aus logischen Deduktionen heraus vorgefasst, und dann erst versucht worden, sie mit den Quellenstellen in Einklang zu bringen; sie haben eben deshalb, weil sie auf die Natur der Sache zurückgehen, viel An-

---

[1]) z. B. Merkel bei Holtzend. art. Verjährung S. 1039/40 hält die Verjährbarkeit für „principiell richtig", Bähr a. a. O. S. 294 die Unverjährbarkeit für „ohne Zweifel richtig".

[2]) a. a. O. S. 332 Nro. 3. Hanausek geht von dem Princip der Unverjährbarkeit aus.

[3]) Hanausek sagt vom entgegengesetzten Standpunkte „zu verwehren".

[4]) Die Theorieen von Dernburg vgl. S. 10, von Burckhard S. 66, Note 2.

sprechendes für das Gefühl und Überzeugendes für den Verstand; sie alle leiden aber an dem Mangel, dass das Unterscheidungs-Merkmal, welches sie an die Hand geben, einerseits sich in den Quellen nicht ausgesprochen, ja nicht angedeutet findet, andrerseits so schwankend ist, dass an eine konsequente und sichere Durchführung kaum gedacht werden kann.

I. Dabelow. [1] [2]

Alle Einreden, argumentiert er, seien in der Regel unverjährbar; es sei aber die Ausnahme aufzustellen, dass, wenn die Gesetze generell nur ein remedium juris erteilt haben, dessen man sich agendo, auch excipiendo bedienen könne, und dasselbe an eine gewisse Verjährung gebunden, diese alsdann der exceptio ebenso gut als der actio entgegenstehe z. B. bei der restitutio in integrum; dieser Fall sei aber verschieden von dem, wo ein Geschäft propter metum sowohl agendo wie excipiendo angefochten werden könne; denn da es kein allgemeines remedium propter metum gäbe, so könne auch die exceptio metus causa nicht mit der actio gleichen Namens nach gleichen Grundsätzen beurteilt werden.

Fragt man nun aber, woran denn zu erkennen sei, ob eine exceptio zu einem remedium juris gehöre, oder als etwas Selbstständiges zu betrachten sei, so erhält man die etwas undeutliche Antwort:

Oft werde zwar in den Gesetzen eine solche verbundene actio und exceptio gleichen Namens im allgemeinen remedium genannt, z. B. remedium doli; daraus folge noch aber keineswegs, dass es eines sei; das beste Erkennungsprincip [3] sei vielmehr, wenn zuerst überall ein gewisses remedium juris weder in der Form einer actio noch in der einer exceptio ist eingeführt worden, und hernach die Erlaubnis ist gegeben worden, sich desselben sowohl per modum actionis, wie exceptionis zu bedienen.

Dahin kann Dabelow nur die restitutio in integrum und die bonorum possessio, und er möchte auch die Interdikte dahin rechnen, wenn nur nicht c. 5 C. 8. 36 (35) entgegenstände.

Diese Theorie mag an sich richtig sein, zur Beantwortung unserer Controverse dient sie aber nicht.

---

[1]) a. a. O. II. § 171.

[2]) Die Dabelowsche Theorie findet sich in der unten S. 94 ff. citierten Literatur nirgends als bei Pollack a. a. O. § 4 a. E., und da auch nur ganz kurz, erwähnt.

[3]) a. a. O Anm. *

Es ist einleuchtend, wie schon oben bei Gelegenheit der l. 9 § 4 D. 12. 2 ausgeführt wurde,[1]) dass in denjenigen Fällen, von denen wir wissen, dass das ganze remedium juris der Verjährung unterworfen wurde, diese auch auf die exceptionsweise Geltendmachung des den Inhalt des remedium bildenden Rechtes Anwendung finden wird, man mag im übrigen die Verjährung, wie es Savigny z. B. für die Restitution will, auf das Institut als solches oder auf die Exception selbst beziehen: in jedem Falle findet nach Ablauf der Frist die Exception nicht mehr statt.

Für die übrigen Fälle aber — und das sind gerade die streitigsten — handelt es sich erst darum, festzustellen: Was ist Gegenstand der Verjährung? Ob das ganze remedium juris, um mit Dabelow zu reden, d. h. das ganze Recht, wozu dann auch die Exceptionsberechtigung gehört, oder nur eines seiner Rechtsmittel, die Klage? und zur Lösung dieser Frage kann der hohe Wert, welchen Dabelow dem Begriff des remedium juris beilegen will, diesem unmöglich zukommen, wenn die Quellen selbst, nach Dabelows eigenem Geständnis, oft „im allgemeinen ein remedium erwähnen", daraus aber noch keineswegs folge, dass es eines sei; denn einmal würden die Quellen offenbar mit diesem Begriff nicht so unvorsichtig umgehen, wenn den zu einem remedium gehörenden Exceptionen eine von der der übrigen so verschiedene Stellung zukäme, also so viel von präcisem Ausdruck abhinge, andererseits thun sie es doch nun einmal, und daher kann jener Begriff von keinem Nutzen sein, auch nicht, wenn man, wie Dabelow will, auf diejenigen Quellenstellen zurückgeht, in welchen von der Einführung des remedium die Rede ist; denn woran soll man erkennen, ob die Quellen wenigstens hier korrekt sprechen und, wo sie ein remedium juris nennen, wirklich ein solches meinen?

Im übrigen scheint in den Dabelowschen etwas undeutlichen Ausführungen entweder das Princip der Verjährbarkeit konkurrierender Einreden ausgesprochen zu sein, wenn eine Ausnahme von der Unverjährbarkeit der Exceptionen da statuiert wird, „wo die exceptio in nichts weiter besteht, als dass wegen eintretender Umstände das remedium gerade per modum exceptionis vorgebracht wird, da es eigentlich per modum actionis unter anderen Umständen hätte vorgebracht werden sollen", oder es lässt sich in der häufigen Betonung des Unterschiedes, ob eine exceptio zu einem remedio

[1]) vgl. oben § 6 Nro. 4.

als ganzem gehöre oder als etwas Selbständiges zu betrachten sei, ein Keim zu den später von Windscheid und Brinz aufgestellten Theorieen entdecken.

II. Windscheid.

Diese Theorie, welche die wesentliche Grundlage der von dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs angenommenen bildet, wird zusammen mit der letzteren zu betrachten sein. (vgl. Anhang § 10).

Dieselben Bedenken wie der Windscheidschen stehen auch der Theorie entgegen, welche Brinz aufgestellt hat und die im wesentlichen auf die Windscheidsche hinausläuft.

III. Brinz. [1])

Exceptionen, an sich unverjährbar, verjähren, wenn sie in einem Klagerechte, und lediglich in diesem, Grund und Dasein haben, dagegen nicht in Fällen, wo, wenngleich auf demselben Grunde, Klagerecht und Exception nebeneinander stehen.

Das Unterscheidungsmerkmal, das hier für die Untersuchung an die Hand gegeben wird, ob nun eine Exception lediglich im Klagerecht Grund und Dasein habe, oder, ob sie zwar auf demselben Grunde beruhe, wie das Klagerecht, aber neben diesem stehe, erscheint doch nichts weniger als deutlich genug, um einer konsequenten Durchführung in der Praxis zu dienen.

IV. Keller. [2])

Waltet bei Festsetzung der Verjährung für eine Klage der Gedanke vor, den faktischen Zustand nach einer gewissen Zeit unanfechtbar und fest zu machen, dann wird die Verjährung nur auf die Klage zu beziehen sein; waltet dagegen die Absicht vor, das Rechtsverhältnis selbst, das die Grundlage der Klage ausmacht, nur frisch und neu zur rechtlichen Diskussion zu bringen oder dann aber diese ganz auszuschliessen, so wird unzweifelhaft auch die daraus abgeleitete Exception der Verjährung unterliegen.

Hierher gehören nach Keller: die querela inofficiosi, die meisten prätorischen Annalklagen, die ädilicischen Einreden, die exceptio compensationis mit verjährten Forderungen, die exceptio in integrum restitutionis und exceptio non numeratae pecuniae.

Vom rechtspolitischen Standpunkt sicherlich beachtenswert, trägt diese Theorie wohl ebenso wenig zur Aufhellung der Quellen bei, wie sie praktischer Handlichkeit entbehrt.

---

[1]) Pand. I § 114 S. 396.
[2]) Pand. § 92 S. 182/83.

Wer will denn bei Betrachtung irgend einer römischen Gesetzesstelle, in welcher Verjährung statuiert wird, mit Sicherheit unterscheiden: hier walte der Gedanke vor, den faktischen Zustand nach gewisser Zeit fest und unanfechtbar zu machen, und hier, das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nur frisch und neu zur rechtlichen Diskussion zu bringen?

Als wären jene beiden Unterscheidungsmerkmale a priori gegeben! Ja, gehen dieselben nicht so sehr in einander über, dass das letztere nur in dem ersteren enthalten, dieses nur das Mittel, jenes der Zweck zu sein scheint?

Denn was ist die vom Gesetz angeordnete Ausschliessung der rechtlichen Discussion nach gewisser Zeit anders, als das Mittel, den Zweck zu erreichen, dass das zu Grunde liegende Verhältnis nach eben jener Zeit fest und unanfechtbar werde? und andererseits, wenn das Gesetz einen faktischen Zustand nach gewisser Zeit fest und unanfechtbar machen will, muss es dann nicht auch, um jenen Zweck erreicht zu wissen, den Willen haben, dass das zu Grunde liegende Verhältnis nur frisch und neu, eben nur innerhalb jener zur Anfechtung freigelassenen Zeit, zur rechtlichen Discussion gelange?

Im wesentlichen scheint diese Theorie auf diejenige hinauszulaufen, welche im Keime schon von Donellus[1]) durch seine Unterscheidung zwischen von vorn herein befristeten und erst später der Verjährung unterworfenen Klagen entwickelt und von Grawein in technische Begriffe gefasst worden ist.

V. Grawein.[2])

Er unterscheidet Verjährung und Legalbefristung:

Legalbefristete Ansprüche erlöschen die veniente vollständig, ohne dass ein Residuum zurückbleibt; dagegen durch Verjährung werden obligatorische Ansprüche nicht vollständig aufgehoben, sondern es bleibt ein Residuum zurück, das nach mehreren Seiten hin die eigenthümlichen Wirkungen der Naturschuld äussert (also auch wohl eine Exception ergiebt).

Wenn nur jene Unterscheidung den Gesetzen geläufig wäre, wenn diese unzweifelhaften Aufschluss darüber gäben[3]), ob hier Verjährung, da Rechtstemporalität vorliegt, wenn jener Unterschied seinen Merkmalen nach a priori festgestellt werden könnte!

[1]) Comm. jur. civ. lib. XVI. § 8, § 21; lib. XXII. cap. 2 § 18.
[2]) a. a. O. S. XIII. (Inhaltsangabe); S. 140 ff.; 162 ff.
[3]) Der Entwurf zum bürgerl. Gesetzbuch trennt allerdings beide Begriffe auch dem Ausdruck nach. Motive I. S. 292 Abs. 2.

In Wirklichkeit sind es aber „keine[1]) von aller Welt Anfang gegebene Begriffe"; „nein,[1]) voran geht die Rechtsschöpfung; . . . . dann kommt das ordnende Nachdenken, die wissenschaftliche Lehre und diese erst findet die Grundtypen, um zu systematischer Uebersicht . . zu gelangen. Solche nachträglich erfundene Grundtypen sind Verjährung und Legalbefristung, und es ist beinahe selbstverständlich, dass die in Angriff genommene Gruppenbildung sich nicht glatt ausführen lässt; . . . Grawein verkennt zwar nicht, dass Abweichungen vorkommen, aber die ganze Gesellschaft der Fälle . . ist in Wirklichkeit noch bunter, als er sie malt, und mancher der praktischen Unterschiede unhaltbar".

Solche Begrifie aber, welche sich erst aus der empirischen Betrachtung der Rechtsfolgen, die sie im Einzelfalle nach sich ziehen, und deren Zusammenfassung ergeben, können wohl dem tieferen Verständnis sehr förderlich sein, aber wenig dazu beitragen, die Rechtsconsequenzen des Einzelfalles selbst zu bestimmen; denn diese - - die auch nicht stets dieselben sind —, als Erkennungsmerkmale jenes Begriffes, müssen erst primär festgestellt sein, um das Vorhandensein derselben im Einzelfalle zu ergeben; und dann enthält die Graweinsche Theorie, wie auch Wildhagen[2]) hervorhebt, für unsere Frage nur einen Zirkelschluss:

Wann fällt auch die Einrede fort?
wenn Legalbefristung vorliegt.
Wann liegt Legalbefristung vor?
wenn die Einrede fortfällt und noch gewisse andere Kriterien zutreffen; die primäre Entscheidung aber, ob Legalbefristung vorliegt, und nun nach fortgefallener Klage auch die Einrede fortgefallen ist, ist mit Sicherheit zu treffen nicht möglich.

VI. Unger.[3])

Wenn Klage und Einrede dem Berechtigten zustehen, und es verschiedene Ansprüche sind, die mit ihnen geltend gemacht werden, so ist die Einrede unverjährbar; erscheinen aber beide im Wesentlichen als Mittel zur Erreichung desselben Zweckes, (s. g. Konkurrenz) dann hängt die Frage nach der Verjährbarkeit der konkurrierenden Einrede von der nach der stärkeren oder schwächeren Wirkung der Verjährung ab, also, da Unger ein Anhänger der ersteren,[4]) verjährt auch die Einrede.

---

[1]) Bekker System I. § 38 S. 125 Beilage III.
[2]) a. a. O. S. 20
[3]) a. a. O. II. § 125 S. 511. 512.
[4]) a. a. O. II. § 122.

Die Regel an sich scheint ebenso gerecht wie handlich zu sein; wieder aber ist die Unterscheidung, ob es verschiedene Ansprüche sind, oder ob Klage und Exception „im wesentlichen" als Mittel zur Erreichung desselben Zwecks erscheinen, nicht verwendbar genug, denn einmal: „im wesentlichen" ist ein sehr dehnbarer Begriff; dann aber kann die Unterscheidung zwischen Einreden, welche verschiedenen, und welche gleichen Zweck verfolgen, wie die korrespondierende Klage, für unsere Frage von Nutzen sein nur, wenn wirklich Klage und Einrede auf dasselbe juristische Objekt gehen [1]) könnten; dies ist aber, wie schon die Einleitung ausführte, zu verneinen. [2])

VII. Thon. [3])

Er unterscheidet zwei Arten von Verteidigung:

Verteidigung durch Verneinung des klägnerischen Anspruchs: rechtsverneinende;

Verteidigung durch Erhebung eines Gegenanspruchs: rechtsverfolgende Einreden, welche er überall da finden will, „wo der Beklagte, wenn auch nur zum Zwecke der Verteidigung, einen Anspruch auf Erfüllung einer den Kläger treffenden Verpflichtung mit rechtlichem Erfolge zu erheben vermag": zu ihnen zählt er die Kompensations-, die Retentions-, die Anfechtungseinrede, exceptio non adimpleti contractus, exceptio redhibitoria, exceptio spolii, und die Rechtswohlthat des Bürgen.

Daraus nun, dass alle Mittel der Rechtsverfolgung Mittel des Ansprechens sind, daher unter den gemeinsamen Begriff des Anspruchs fallen, folgert Thon: „Die Verjährung bezieht sich nur auf rechtsverfolgende Einreden, die Zulässigkeit der rechtsverneinenden verjährt dagegen nicht".

Hiergegen ist im allgemeinen gleiches zu erwägen wie gegen Unger. Die Unterscheidung zwischen rechtsverfolgenden und rechtsverneinenden Einreden kann zur Lösung unserer Frage nur beitragen, wenn die rechtsverfolgenden Einreden das ihnen zu Grunde liegende Recht in andrer Art wie die rechtsverneinenden, und in gleicher Weise geltend machen könnten, wie der Anspruch; in Wirklichkeit sind aber die beiden Klassen der Einreden sich in dem wesentlichsten Punkte, nämlich darin gleich, dass sie beide

---

[1]) a. a. O. II. § 125 S. 512 Note 45.

[2]) Der Ansicht von Unger hat sich neuerdings Riemann a. a. O. angeschlossen, welcher diese Theorie an einzelnen Einreden, nicht ohne Abweichung von Unger, durchgeführt hat (§ 10 a. a. O.).

[3]) a. a. O. S. 266 ff., 280 ff.; vgl. S. 272 Note 15, S. 279/80 Note 18, vgl. Anm. 130.

sich nicht über eine Minderung oder höchstens Aufhebung der klägerischen Forderung erheben können, und darin liegt auch ihr beiderseitiger wesentlicher Unterschied von der Art der klageweisen Rechtsverfolgung.[1])

Unterscheiden sich aber die rechtsverfolgenden Einreden in Wahrheit vom Wesen der Exceptionen überhaupt nicht,[2]) ist ferner die Art ihrer Rechtsverfolgung wesentlich von der der anspruchsweisen verschieden, dann ist auch der Schluss kein zwingender, dass mit Fortfall des Anspruches auch die rechtsverfolgende Einrede, weil ebenfalls ein Mittel des Ansprechens, fortgefallen sein müsse; denn die Voraussetzung: Identität der Rechtsverfolgungsart von Klage und rechtsverfolgender Einrede, kann nicht als richtig zugegeben werden.

Lediglich von Windscheid's Standpunkt ausgehend,[3]) aber zu spezielleren, teilweise anderen[4]) Resultaten gelangend, ist die Theorie von Wildhagen.

VIII. Wildhagen.[5])

Der Umstand, dass der Anspruch aus einem bestimmten Schuldverhältnis verjährt ist, gewährt gegen eine Einrede aus demselben Verhältnis dann eine Replik (sc. der Verjährung), wenn die Einrede sich auf den Satz: dolo facit, qui petit quod redditurus est (l. 8 pr. D. 44. 4) d. h. darauf gründet, dass für den Einredenden sobald er den gegen ihn erhobenen Anspruch erfüllt hätte, ein Anspruch auf eben dasjenige vorhanden sein würde, was gegenwärtig von ihm verlangt wird.

Gegen diese Theorie, welche Wildhagen in Absehung von den gewöhnlich angeführten Quellenstellen, unabhängig von der Frage nach der Wirkung der Verjährung überhaupt und durch die Untersuchung der besonderen Natur jeder einzelnen Einrede und des Verhältnisses gewinnt, in welchem diese zu der ihr respondierenden Klage steht, lässt sich im Allgemeinen einwenden, was sich bei Riemann[6]) gesagt findet: bei vielen Einreden ist zwar der Grund derselben, das Recht, Rückgabe des Geleisteten verlangen zu können; dass nun aber, wenn durch die Verjährung

---

[1]) vgl. Einleitung oben S. 5/6; eine Sonderstellung nimmt die exceptio n. adimpl. contr. ein.
[2]) Wendt Lehrb. § 96 a. E. S. 266; vgl. Wildhagen a. a. O. S. 22. 23.
[3]) a. a. O. S. 23. 24.
[4]) z. B. S. 34 Note 3.
[5]) a. a. O. S. 1—55.
[6]) a. a. O. § 9. S. 22.

die klageweise Verfolgung dieses Rechtes verloren gegangen ist, es auch die einredeweise sein muss, hat Wildhagen nicht genügend motiviert. Im Einzelnen sei noch auf das bedenkliche Argument hingewiesen, welches Wildhagen bei der Untersuchung der exceptio compensationis ins Feld führt:[1]) seine Begründung stützt sich nämlich darauf, dass nach römischem Rechte nur klagbare Rechte zur Kompensation kommen können.

Abgesehen davon, dass heute allgemein die Kompensabilität von Naturalobligationen gerade als eine ihrer vornehmsten Wirkungen anerkannt wird,[2]) ist zwar hinsichtlich der l. 6 D. 16. 2 zuzugeben, dass der Ausdruck »quod natura debetur« nicht gerade klaglose Obligationen zu bezeichnen braucht, vielmehr öfters auch klagbare bedeutet;[3]) aber die Behauptung Wildhagens ist doch zu radikal, dass in der lex citata eine klagbare Obligation gemeint sein müsse; ja das „etiam" der Fragestelle spricht dafür, dass von einer obligatio die Rede ist, welche der normalen Wirksamkeit einer Obligation, der Klage, ermangelt, da sonst der Sinn jenes Fragments: „auch klagbare Obligationen können zur Kompensation dienen" ein trivialerer wäre, als man füglich annehmen kann.

---

[1]) S. 26 ff.

[2]) vgl. z. B. Schwanert a. a. O. S. 216 ff.; Dernburg Compensation S. 470; Pand. II. § 4 S. 10 Nro. 5; Puchta Inst. II. § 268 S. 334 Abs. 2; Windscheid Pand. II § 288 Nro. 3; Ryck a. a. O. S. 31 Nro. 2.

[3]) vgl. die bei Wildhagen a. a. O. angeführten Stellen; Schwanert a. a. O. S. 4, 69 ff.

Anhang.

§ 10.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.[1])

Wenn nach den Ergebnissen der bisherigen Betrachtungen zu wünschen gewesen wäre, dass eine zukünftige Gesetzgebung als Prinzip die Verjährung der konkurrierenden Einreden aufgestellt und die Fälle, in denen hiervon abzuweichen gewesen wäre, genau präcisirt hätte, so hat der Entw. e. b. G. f. d D. R. diesen Wunsch nicht erfüllt.

Allerdings auch der Entwurf weist der Verjährung für das moderne Leben die in obigen Ausführungen[2]) näher dargelegten Tendenzen zu, welche a priori zur Einredeverjährung führen: eine Art Naturprozess, soll sie, gleich wie die Luft die ihr ausgesetzten leblosen Teile des organischen Lebens allmählich auflöst, durch die Macht der Zeit die morscher werdenden obligatorischen Bande zersetzen und so die frühere Freiheit wieder herstellen, um im Interesse der Allgemeinheit und selbst auf Kosten eines Einzelopfers Raum für neue sichere Bildungen zu gewinnen.[3])

Das Gesetzbuch hat aber, wie schon der dem Abschnitt vorangeschickte Titel „Anspruchsverjährung" zeigt, die alten Bahnen der Verjährungslehre verlassen und neben anderen neu berücksichtigten Momenten insbesondere in dem Anspruche, als dem Gegenstande der Verjährung, einen Begriff aufgenommen, dem es

[1]) Literatur: Motive Bd. I S. 288 ff, 341 ff. Verhandlungen des XX. Dtsch. Juristentages Bd. I: Gutachten üb. d. Anspruchsverjährung. von Bähr Nr. XI; von Hanausek Nr. XII. Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 11; Meyer: die Lehre von den Zeitbestimmungen, ... u. d. Anspruchsverjährung nach dem Entwurf e. b. G. f. d. D. R.; Meischeider: Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe. VI. Anspruchsverjährung § 18.

[2]) vgl. § 8 S. 55 ff.

[3]) vgl. Motive Bd. I S. 291; 296 Abs. 3 u. 5; 297/98. 299 Abs. 2. 341. 342 Abs. 2. 343/44.

schon durch die an die Spitze der Verjährungslehre gestellte Definition eine grundlegende Bedeutung für die Ausgestaltung der Verjährungstheorie im Einzelnen zugewiesen hat und der deshalb einige erläuternde Worte notwendig macht.

Der § 154 des Entwurfs definiert den Anspruch als „das Recht einer Person, von einem Anderen eine Leistung zu verlangen", er schränkt also in etwas den Anspruchsbegriff Windscheid's ein, welcher auch Ansprüche „gegen Jedermann", „gegen Niemanden nicht" kennt;[1]) er unterscheidet ihn ferner von dem in der C. P. O. gebrauchten Anspruchsbegriff, wie er der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses gemäss § 231 a. a. O. zu Grunde liegt.[2])

Wenn nun auch die Schwierigkeit der gesetzlichen Definition eines so grundlegenden Begriffes nicht verkannt werden kann, so ist doch gerade, weil es sich um einen grundlegenden Begriff handelt, zunächst darauf hinzuweisen, dass die Definition schon dem Sprachgeist Gewalt anthuen dürfte, wenn sich z. B. aus Grunddienstbarkeiten ein „Anspruch", d. h. also ein Recht auf eine Leistung ergeben, und diese „Leistung" lediglich in der Verpflichtung zu einem Dulden oder Unterlassen bestehen soll.[3]) Der Anspruch ist ferner mehr als die Klage; denn sonst hätte der Entwurf die althergebrachte Bezeichnung der Klageverjährung adoptieren können, die aber das Missverständniss nahe lege, dass nur die Klage Gegenstand der Verjährung sei;[4]) auch giebt es Ansprüche ohne Klage.[5])

Endlich aber ist der Anspruch auch nicht recht mit Forderungsrecht identisch — § 664 z. B. zeigt, dass es Ansprüche giebt ohne Rechte —, wenngleich die Motive ausdrücklich erklären, das obligatorische Recht gehe in dem Anspruch auf.

Durch die Aufnahme dieses so zweideutigen, eine Art Mittelding zwischen Klage und Recht besagenden Begriffes, der sich übrigens durch das ganze Gesetzbuch zieht, und dadurch, dass er diesen Begriff zum Hauptpfeiler seines ganzen Verjährungsgebäudes macht, mit welchem das letztere steht und fällt, hat sich der Entwurf von vorneherein allen den Einwendungen ausgesetzt, welche

---

[1]) Windscheid Bd. I § 43.
[2]) Motive Bd. I S. 291.
[3]) Entw. § 978 u. 971; vgl. ferner die Ausführungen von Hanausek a. a. O. S. 316 u. Note 29.
[4]) Motive Bd. I S. 290. 342.
[5]) z. B. Entw. § 664; Mot. II S. 42. 106 (?).

der Anspruchsbegriff, seitdem er als technischer von Windscheid statuiert worden ist, hervorgerufen hat; und es haben sich bei Ausgestaltung der Verjährungsgrundsätze im Einzelnen so mancherlei Unklarheiten ergeben, welche eben die Folge des unklaren grundlegenden Begriffes sind.

Was nun die Wirkung der Verjährung auf diesen Anspruch anbelangt, so hat bezüglich der dinglichen Rechte jene Neuerung allerdings den Rechtszustand nicht geändert, wie er für das gemeine Recht feststeht;[1]) zu einer Vermischung der Institute der Verjährung und Ersitzung hat sich der Entwurf nicht entschlossen, er lässt daher nach Verjährung des dinglichen Anspruchs das dingliche Recht fortbestehen;[2]) als Consequenz ergiebt sich daher, dass die dingliche Einrede nicht verjährt, dass also der Besitzer, welcher nach Verjährung der rei vindicatio des Eigenthümers die Sache dem letzteren leiht und sie dann zurückfordert, gegen dessen exceptio dominii mit der replicatio temporis nicht durchdringen kann.

Dagegen sieht der Entwurf die Wirkung der Anspruchsverjährung bezüglich der Forderungsrechte darin, dass nach Vollendung der Verjährung dem Anspruche eine Einrede entgegensteht, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird.[3])

Da nun ein solcher Anspruch wirthschaftlich einem überhaupt nicht vorhandenen gleichwerthig ist, so wäre hiermit, wie auch die Motive selbst erklären,[4]) allerdings mit den Ausnahmen der Nichtberücksichtigung der Verjährung von Amtswegen (Mot. I S. 341) und der §§ 182 Abs. 2, 183 Abs. 1 und Abs. 3, die stärkere Wirkung der Verjährung anerkannt, wenn nicht eben, mögen auch die Motive von der „Richtung der Verjährung gegen die Berechtigung selbst“ und von „verjährten Forderungen“[5]) sprechen, die Unklarheit des Anspruchsbegriffes seine völlige Identität mit dem Forderungsrechte in Frage stellte, und die sonstige Gestaltung, welche einzelne Teile der Verjährungslehre gefunden haben, wie Hanausek[6]) ausführt, nicht viel besser zu der Klageverjährung und ihrer schwächeren Wirkung als zu der stärkeren der Anspruchsverjährung passte. Eben daher konnte sich

---

[1]) vgl. oben § 1.
[2]) Mot. I S. 292.
[3]) Entw. § 182 Abs. 1.
[4]) I S. 342.
[5]) Mot. I S. 290. 342.
[6]) Hanausek a. a. O. S. 313. 314. 321. 323.

auf dem XX. Juristentage allgemeines Einverständniss darüber zeigen, dass die Verjährung so wenig den blossen Anspruch als die blosse Klage, sondern das Recht selbst treffen müsse, aus welchem Anspruch oder Klage entspringen.[1])

Hätte der Entwurf wirklich die stärkere Wirkung anerkannt und consequent ausgestaltet, dann hätte er auch zu dem Prinzipe der Verjährung konkurrierender Einreden gelangen müssen; in dieser Beziehung ist aber Folgendes festzustellen:

I. Der Entwurf enthält einen allgemeinen Satz, betreffend die Verjährbarkeit der Einreden, nicht.

An mehreren Stellen[2]) wird aber ausdrücklich ausgesprochen, dass mit der Verjährung des Rechtes auch die einredeweise Geltendmachung desselben[3]) ausgeschlossen sei; die Motive (I S. 291) bemerken hierzu, es sei dies mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Falles im Interesse der Deutlichkeit geschehen.

1) „im Interesse der Deutlichkeit"; diese Worte lassen darauf schliessen, dass der Gesetzgeber keine singuläre Ausnahme hat schaffen wollen, sondern dass die festgesetzte Verjährung Ausfluss eines dem Gesetzgeber vorschwebenden Prinzips und die Zahl der Verjährungsfälle nicht geschlossen ist.

2) „mit Rücksicht auf die besondere Bsschaffenheit des Falles."

Die Besonderheit des Falles also muss dem Gesetzgeber Veranlassung gegeben haben, hier sein Prinzip zur Anwendung zu bringen, welches die Motive dahin aussprechen:[4])

„Gründet sich der die Geltendmachung eines Anspruches in Form der Einrede ausschliessende Umstand in einem der Verjährung unterworfenen Rechte, so hat die Verjährung des Rechtes auch den Verlust der Einrede zur Folge (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. I. Nr. 40 S. 158 ff)."

Welches ist nun die besondere Beschaffenheit der Verjährungsfälle, welche es rechtfertigt beziehungsweise notwendig macht, dass das Ergebnis der Anwendung des gesetzgeberischen Prinzips im Gegensatz zu anderen Fällen ausdrücklich ausgesprochen wird?

---

[1]) Klöppel, der Entw. e. b. G. vor dem XX. Juristentage. Gruchots Beitr. XXXIII S. 845.

[2]) Entw. §§ 397. 407. 571.

[3]) In den Motiven I S. 291 steht der Druckfehler: „derselben" anstatt „desselben".

[4]) I S. 290.

Es handelt sich in den §§ 397 und 407 um die Ansprüche auf Wandelung bezw. Minderung seitens des Käufers, im § 571 um den Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines vorhandenen Mangels bezw. auf Minderung der Gegenleistung.

Die Besonderheit dieser Fälle besteht nun darin, dass diese Ansprüche eigentlich gar keine Ansprüche im Sinne des § 154 sind, sondern dass sie nur der einmal eingeführten Anspruchsverjährung zuliebe, und weil ohne dies deren Grundsätze auf das Wandlungs- und Minderungsrecht keine Anwendung gefunden hätten, im Gegensatz zu dem sonst im Entwurf, namentlich für das Rücktrittsrecht festgehaltenen Standpunkte, ausdrücklich als Ansprüche konstruiert wurden.[1])

Der von den Motiven selbst geltend gemachte Einwand, dass — insbesondere bezüglich § 571 — das Minderungsrecht sich nicht als Anspruch betrachten lasse, weil die mangelfreie Herstellung des Werkes einen Teil der vertragsmässigen Leistungspflicht des Uebernehmers bilde und daher nach den allgemeinen Grundsätzen bei nur teilweiser Leistung die Minderung der Gegenleistung eine unmittelbare Rechtsfolge der teilweisen Leistung, hier des Mangels sei, könne kein Gewicht beanspruchen, da das praktische Bedürfnis eine kurze Verjährung der dem Besteller wegen Mängel des Werks beigelegten Rechte fordere, dies aber nur zu erreichen sei, wenn das Minderungsrecht als Anspruch konstruiert werde.[2])

Das dürfte doch eine offenbare Inkonsequenz sein, wenn der schon an sich so unbestimmte Begriff des Anspruchs, der im § 154 so grundlegend und ausnahmslos definiert wird, nun noch dadurch schwankender gestaltet wird, dass ihm Rechte unterstellt werden, die streng genommen der Bedeutung jenes Begriffes garnicht genügen. Es klingt doch wie unwillkürliche Satire auf die Festigkeit des Anspruchsbegriffes, wenn die Motive an anderer Stelle[3]) erklären, dass sie gerne bereit sein würden, auch dem Minderungsrechte bei der Miete den Anspruchscharakter beizulegen, wenn nur ein Bedürfnis anzuerkennen wäre, jenes Recht an eine kurze Verjährung zu binden.

Denn dass ein Begriff von so elementarer Bedeutung einer strammen Geschlossenheit bedarf, ist ebenso klar, wie dass seine

---

[1]) Mot. II S. 238. 239/40. 262. 487. vgl. S. 267 Note 1.
[2]) Mot. II S. 487.
[3]) II. S. 487 u. 376. Entw. §§ 505. 506.

Definition jeden Wert verliert, wenn in ihren gummiartigen Rahmen auch anders geartete Rechte hineingezwängt werden können. Gerade, weil das neugeschaffene Institut an die Stelle der althergebrachten Begriffe getreten ist, hätte man erwarten müssen, dass die Neuschaffung die bisherige Unklarheit auf diesem Gebiete verringern würde, erhält aber folgendes Resultat: Weil Klage- und Rechtsverjährung (im technischen, die Wirkung bezeichnenden Sinne), letztere bezüglich der dinglichen Rechte, wörtlich genommen werden könnten, wird ein neuer in der Wissenschaft vielen Anfeindungen ausgesetzter Begriff aufgenommen, gesetzlich definiert, und die Wirkung der Verjährung auf ihn genau bestimmt; da nun ein praktisches Bedürfnis dafür spricht, dass auch auf einige andere Rechte der Zeitablauf gleiche Wirkungen hervorbringe wie auf den Anspruch, nämlich Ausschluss auch der einredeweisen Geltendmachung, so konstruiert man diese Rechte eben als Ansprüche und die gewollte Wirkung ist da.

Der Weg also, auf welchen der Entwurf in diesen Fällen zu dem der Sache nach durchaus zu billigenden Ergebnisse gelangt, dass nach Verjährung des Anspruchs auch die einredeweise Geltendmachung desselben ausgeschlossen sei, dürfte nicht gerade von Consequenz zeugen, und es war hiernach gewiss notwendig, die Ausschliessung der Einrede ausdrücklich festzustellen; ob aber gerade diese scharfe Hervorhebung „im Interesse der Deutlichkeit" lag und sie nicht vielmehr zu einem argumentum a contrario bezüglich nicht ausdrücklich entschiedener Fälle Anlass geben könnte, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls hat das Gesetz selbst dem Anspruchsbegriffe durch die ihm beigelegte Fähigkeit, verschieden geartete Rechte zu umfassen, das Urteil gesprochen; andrerseits ist der Begriff wieder nicht elastisch genug, um auch diejenigen Fälle zu begreifen, welche Hanausek[1]) anführt und wo dem Berechtigten unzweifelhaft ein der Verjährung unterworfener Anspruch zusteht, obwohl er ein „Recht auf Leistung" nicht hat.

II. Das Prinzip, welches dem Gesetzgeber bei der Gestaltung der einschlägigen Materie vorschwebte, findet sich, wie schon oben berührt, in den Motiven I S. 290 ausgesprochen:

> „Ansprüche, nicht Einreden sind Gegenstand der Verjährung. Gründet sich der die Geltendmachung eines Anspruches in Form der Einrede ausschliessende Umstand in einem der Verjährung unterworfenen Rechte, so hat

[1]) a. a. O. S. 316 Note 29.

die Verjährung des Rechts auch den Verlust der Einrede zur Folge (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. II Nr. 40 S. 158 ff) . . . . . Soweit Einreden eine selbstständige Bedeutung zukommt, (vgl. § 364, 427 Abs. 1, §§ 664, 684 Abs. 1, § 1952 Abs. 2, § 1956 Abs. 3, §§ 2088, 2133 Abs. 1) unterliegen sie der Verjährung nicht; eine besondere Einredeverjährung ist dem Entwurfe fremd. Nicht zu den selbstständigen Einreden gehört nach dem Entwurfe — abweichend von l. 5 § 6 D. 44. 4 — die Einrede des Betruges."

Das Gesetz hat sich also, von Einzelheiten abgesehen, völlig an die Windscheid'sche Theorie[1]) angelehnt. Auch diese lässt durch die Verjährung des obligatorischen Anspruches die auf der Obligation beruhende Einrede beseitigt werden; „hat aber die Einrede neben der Obligation eine selbstständige Existenz, so wird sie natürlich von der Verjährung der Obligation nicht berührt."

Das entscheidende Merkmal ist hiernach in beiden Darstellungen die „Selbstständigkeit" der Einrede, eine Eigenschaft, der auch schon Savigny[2]) eine gewisse Bedeutung hat zusprechen, mit der er aber schwerlich, wie Bähr[3]) meint, hat bezeichnen wollen, „dass die Einrede unabhängig von der Klage fortdauert"; denn dies ist erst die Folgerung, welche Savigny aus jener selbstständigen Natur der Einreden ableiten will.

Jedenfalls aber hat er, wie schon daraus erhellt, dass er jene Eigenschaft allen Exceptionen ohne Unterschied zuerkannte, hierin ist Bähr[3]) beizustimmen, im Gegensatz zu Windscheid und zu den Motiven keine technische Qualität bestimmter Einreden bezeichnen wollen.

Windscheid dagegen und die Motive führen, ersterer nur beispielsweise, letztere bezüglich der selbstständigen Einreden erschöpfend, die Fälle auf, in denen das Selbstständigkeitsmerkmal vorhanden sei bezw. nicht vorhanden sei:

a) Windscheid:[4]) Die Einrede des Betruges habe neben dem Anspruche auf Schadensersatz eine selbstständige Existenz, dagegen nicht die Einrede desjenigen, der eine fehlerhafte Sache gekauft habe, denn sie gründe sich nur darauf, dass er Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann; selbstständiger Existenz

---

[1]) Pand. I § 112.
[2]) a. a. O. V S. 424; vgl. oben § 5. III.
[3]) a. a. O. S. 292.
[4]) Pand. I § 112 Note 8.

entbehre auch die Compensationseinrede; dagegen komme sie wieder zu der exc. n. adimpl. contr., da diese sich nicht darauf gründe, dass der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern dass er gegen die Absicht des Vertrages verstosse, wenn er fordere, ohne seinerseits zu leisten.

b) Motive:[1]) Selbstständige Bedeutung kommt zu der exceptio u. adimpl. contr.; der Einrede des Rücktritts vom Vertrage, der Einrede, dass das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis sich auf eine Spiel- oder Wettschuld bezogen habe, der Einrede gegen ein sine causa geleistetes Schuldversprechen, der Einrede des Vertragserben und des Vertragsvermächtnisnehmers gegenüber einem noch nicht erfüllten, nach Schliessung des Erbeinsetzungsvertrages bezw. nach Anordnung des bindenden Vermächtnisses erteilten Schenkungsversprechen, der Abzugseinrede aus dem Inventarrecht.

Soviel Ueberzeugendes es auch an sich hat, eine Einrede, welche neben der Obligation eine selbstständige Bedeutung hat, die Verjährung der ersteren überdauern zu lassen, wo ist der weise Daniel, welcher jenem Unterscheidungsmerkmal zu konsequenter praktischer Anwendung verhülfe? Zwar meint Wendt,[2]) dass dies „keine besondere Schwierigkeiten biete"; aber Windscheid[3]) selbst giebt die Durchführung der Unterscheidung als schwierig zu, und das Selbstständigkeitskriterium muss von Dernburg[4]) den Vorwurf der Dunkelheit, von Bähr[5]) sogar denjenigen entgegennehmen, es seien ganz nichtssagende leere Worte.

Allerdings, wenn schon der Ausspruch der Motive, die exceptio doli gehöre abweichend von l. 5 § 6. D. 44. 4, d. h. vom römischen Recht nicht zu den selbstständigen Einreden, eine unwillkürliche Ironie auf die gemachte Unterscheidung enthalten dürfte, — denn, wenn das Merkmal der Selbstständigkeit irgend welchen Wert haben soll, dann muss die letztere eine aus der inneren Natur des Rechtsmittels geflossene, ihm inhärente Eigenschaft sein, dann darf sie aber auch nicht einem und demselben Rechtsmittel ohne Weiteres in dem einem Rechte beigelegt, in dem anderen abgesprochen werden, — abgesehen hiervon geben schon diejenigen, welche mit jenem Begriffe operieren, selbst einen Beweis für die sich daraus ergebenden Inkonsequenzen; Windscheid

[1]) I S. 291.
[2]) Lehrb. § 97 S. 268.
[3]) a. a. O.
[4]) Pand. I § 150 Note 7.
[5]) a. a. O. S. 293.

rechnet die exceptio doli neben der Klage aus dem Betruge auf Schadensersatz — auch neben dem Rescissionsanspruch? fragt Dernburg — zu den selbständigen Einreden; hierin folgt ihm die Reichsgerichtsentscheidung vom 11. Juni 1880[1]) für die exceptio doli überhaupt; die Motive dagegen zählen die letztere den unselbständigen Einreden zu.

Die letztere Bestimmung ist durchaus unerklärlich, da sie die beiden Arten der exceptio doli nicht unterscheidet und daher, namentlich nach den deutlichen Ausführungen der Motive Bd. II S. 754 ff., erkennen lässt, dass auch die exc. doli generalis der Verjährung unterstellt sein soll.

Die exceptio doli specialis, welche dem Schuldner in den Fällen zustehen soll, wo sich der Gläubiger bei dem Erwerbe seines Anspruches eines die actio doli begründenden Verhaltens schuldig gemacht hat, ist offenbar, weil sie nur den aus dem § 704 abgeleiteten Anspruch zum Inhalt hat, unselbständig und daher verjährbar; dass aber auch die exc. doli generalis, die nur geltend macht, dass die Klage ein Unrecht bilde,[2]) „verjähren" soll, erscheint zunächst logisch unmöglich, denn sie entnimmt erst der Klageanstellung ihre Existenzbedingungen, wird erst durch diese sowohl in abstracto wie in concreto[3]) nativ und kann daher nicht schon im Augenblick der Nativität auch verjährt sein; sie gehört ferner unbedingt zu den selbständigen Einreden, weil sie von der Existenz eines Anspruches völlig losgelöst ist und, nicht etwa eine blosse Wiederholung des actio doli-Anspruches, nur geltend macht, dass durch die Klageanstellung der Kläger Treu und Glauben verletze. Dass aber endlich auch die praktischen Unzuträglichkeiten nicht berücksichtigt sind, welche sich aus der Nichtanerkennung dieser Einrede als einer unverjährbaren ergeben müssen, das rechtfertigt durchaus die schweren Bedenken, welche Bähr[4]) in dieser Beziehung geltend macht.

Abgesehen von den drei Fällen des Entwurfs, in welchen Einreden ausdrücklich für verjährbar, weil unselbständig erklärt werden, ist die exc. doli die einzige, welcher die Motive Unselbständigkeit beilegen; ihr gegenüber stehen die ausdrücklich als selbständig bezeichneten.

Da nach dem aufgestellten Prinzipe mit der Verjährung des Anspruches auch die einredeweise Geltendmachung desselben aus-

[1]) Entsch. des Reichsgerichts Bd. II Nro 40.
[2]) Dernburg Pand. I § 138.
[3]) vgl. oben die Einleitung S. 6.
[4]) a. a. O. S. 298 ff.

geschlossen sein sollte, die selbständigen Einreden aber für unverjährbar erklärt werden, so bedeutet die Selbständigkeit offenbar, wie schon oben berührt, dass diese Einreden nicht als exceptionsweise Geltendmachung desselben Anspruchs zu betrachten sind, dass sie vielmehr, von der Existenz des Anspruchs des Excipierenden unabhängig, lediglich die Abwehr des klägerischen Anspruchs bezwecken.

Dass nun aber blos dieses die Funktion der ersten für selbständig erklärten exceptio non adimpleti contractus sein soll, liesse sich gerade bei der Gestaltung, welche der Entwurf den zweiseitigen Verträgen gegeben, und weil er die gegenseitige Abhängigkeit der sich aus ihnen ergebenden Obligationen in so weitgehender Weise anerkannt hat,[1]) recht wohl bezweifeln; und, wenn für irgend eine, so liesse sich gerade für diese Einrede, die verschieden von allen übrigen nicht zur Abweisung des Klägers, sondern zur Verurteilung des Beklagten zur Leistung, aber unter der Bedingung gleichzeitiger Leistung des Klägers führt,[2]) anführen, dass sie, ohne die klägerische Forderung zu berühren, der Befriedigung des Gegenanspruchs aus dem sygnallagmatischen Geschäfte diene, daher sie denn auch von Thon[3]) den rechtsverfolgenden Einreden zugezählt, und ihr von Unger[4]) sogar derselbe Zweck zugewiesen wird, wie ihn die konkurrierende Klage verfolgt. Der Standpunkt der Motive ist um so eigentümlicher, als an anderer Stelle[5]) ausdrücklich erklärt wird, dass nach dem Entwurfe die Behauptung, erfüllt zu haben, nicht zur Substanziierung der Klage gehöre. Wäre nämlich das Gegenteil bestimmt worden, dann wäre es erklärlicher gewesen, die exceptio n. adimpl. contr. nur als Verneinung des Klagegrundes aufzufassen und den selbständigen Einreden zuzuzählen; in Wirklichkeit aber genügt zur Begründung der Klage die Darlegung des dem zweiseitigen Schuldverhältnis zu Grunde liegenden Vertrages; erhebt nun der Beklagte die exc. n. adimpl. contr., so verneint er offenbar nicht den Klagegrund, sondern er führt der Sache nach seinen connexen Gegenanspruch in Exceptionsform ins Feld. Dennoch soll die Einrede selbständig und unverjährbar sein!

---

[1]) vgl. Motive II S. 202 zu § 364, II S. 204 zu § 366, S. 206 ff zu § 368; vgl. § 368 Abs. 1.

[2]) Dernburg Pand. II § 21.

[3]) vgl. oben § 9, VII.

[4]) vgl. oben § 9, VI, dagegen allerdings Riemann a. a. O. § 10, der sonst Unger folgt.

[5]) Mot. II S. 204.

Vielfach das Gleiche liesse sich von der allerdings nicht ausdrücklich erwähnten Retentionseinrede[1]) behaupten, von der die exc. n. adimpl. contr. gewissermassen nur eine Anwendung ist: denn auch, wer sich auf jene beruft, greift nicht die klägerische Forderung an sich an, er weigert sich nicht, dieselbe zu befriedigen, er macht vielmehr seinen eigenen Anspruch geltend, bis zu dessen Befriedigung er die von ihm verlangte Leistung zurückhalte. Durch ihr Schweigen geben nun die Motive zu verstehen, dass sie diese Einrede nicht zu den selbständigen gerechnet wissen, daher verjähren lassen wollen.

Warum nun aber diese beiden Einreden, die einander so verwandt sind, so verschieden behandelt werden, ist um so unverständlicher, als die ausschlaggebende Eigenschaft der Selbständigkeit bezw. Unselbständigkeit beiden in gleichem Masse zu eigen ist.

A priori gilt auch von der exceptio compensationis, dass sie nicht die Klageforderung an sich bestreitet, sondern Erfüllung der Gegenforderung durch Aufrechnung verlangt nnd daher den unselbständigen Einreden zuzuzählen wäre.

Die Folge hiervon, die Verjährbarkeit der Compensationseinrede ist denn auch, wenn auch nicht direkt, im Entwurfe für den Fall ausgesprochen, wo die Gegenforderung bereits verjährt war, als die klägerische Forderung entstand.[2]) Stand dagegen die Forderung schon vor ihrer Verjährung derjenigen kompensabel gegenüber, gegen welche sie aufgerechnet werden soll, so hängt die Entscheidung nach dem Entwurfe von der hier nicht zu erörtenden Frage ab, ob die Verjährung dadurch gehemmt wird, dass dem Anspruche eine Compensationseinrede entgegensteht; da der Entwurf diese Frage verneint hat, so verjährt auch in diesem Falle die Compensationseinrede.[3])

In Absehung nun von den Anfechtungseinreden, welche in dem Capitel von der Anspruchsverjährung nicht erwähnt sind, weil der Entwurf die Anfechtungsbefugnis prinzipiell nicht als Anspruch konstruiert hat, wird den übrigen von den Motiven für selbständig erklärten Einreden dieser Charakter wohl zu zusprechen sein; immerhin genügen die bisherigen Ausführungen, um zu zeigen, dass das Selbständigkeitsmerkmal nicht geeignet

---

[1]) vgl. Entw. § 233, Mot. Bd. II S. 41.
[2]) Entw. § 162 Abs. 3; 182 Abs. 1; 281 Abs. 2. Mot. I S. 315. 343. II S. 106.
[3]) vgl. die in Note 2 citierten Stellen.

sein dürfte, das Problem der Verjährbarkeit der Einreden befriedigend zu lösen. Es krankt eben, wie überhaupt jene die einzelnen Einreden nach ihrer Anspruchsähnlichkeit bezw. -unähnlichkeit unterscheidenden Kriterien an dem Grundfehler, dass das an die Hand gegebene Unterscheidungsmerkmal so kautschukartiger Natur ist, dass eine konsequente praktische Anwendung undurchführbar ist und dass selbst innerhalb derselben Theorie verschiedene Meinungen möglich sind.[1]) Und dies ist erklärlich, weil es in der Natur der Sache liegt, dass sich die offensive (anspruchsähnliche) und defensive (anspruchsunähnliche) Natur der Einrede nicht so haarscharf auseinanderhalten lassen, wie es geschehen müsste, um die abstrakte Abgrenzung ins Praktische zu übertragen; viele Einreden sind eben gemischter Natur, sie haben verschiedene Seiten, vermöge deren sie einerseits als Mittel des Ansprechens zu bezeichnen wären, wenn sie eben andererseits nicht blosse Einreden, blosse Abwehrmittel, wären; und schliesslich, wer sich verteidigt, greift ja in gewissem Sinne auch an.

Höchstens, dass das Gesetzbuch selbst den einzelnen Einreden die ausschlaggebende Eigenschaft der Selbständigkeit zuwiese bezw. abspräche, womit dann zwar Meinungsverschiedenheiten, aber auch der kritischen Prüfung der Weg verschlossen wäre.

III. Nun aber, wo nur die Motive, ohne erschöpfend aufzuzählen, eine Reihe von Einreden vom Standpunkte der Windscheid'schen Theorie aus für selbständige, die exc. doli für unselbständig erklären, wird die Bedeutung, welche man dieser Feststellung zuschreibt, von dem Gewicht abhängen, welches man überhaupt dem Inhalte von Motiven eines Gesetzes beilegt.

Wer diesen Motiven für die Interpretation des Gesetzes massgebende Bedeutung zuerkennt, wird, abgesehen von den im Entwurf selbst hervorgehobenen Fällen, auch die nur in den Motiven ausdrücklich erwähnten Einreden für verjährbar bezw. unverjährbar, weil unselbständig bezw. selbständig zu erachten und bei jeder sonstigen Einrede zu prüfen haben, ob ihr Selbständigkeit und damit Unverjährbarkeit zukommt oder nicht, wobei dann die anscheinend erschöpfende Aufzählung der selbständigen Einreden seitens der Motive für die Unselbständigkeit aller nicht aufgeführten sprechen wird.

---

[1]) vgl. oben bezügl. der exc. doli; ferner z. B. Unger u. Riemann bezügl. der exc. n. adimpl. contr.

Wer dagegen der in konstanter Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretenen Ansicht[1]) folgt, dass der Inhalt der Motive stets wie jede andere wissenschaftliche Ansicht auf seinen inneren Wert zu prüfen und ihm entscheidendes Gewicht nur beizumessen sei, wenn der dabei zu Tage getretenen Intention im Gesetze selbst erkennbar Ausdruck verliehen worden, der wird sich zur Beachtung der ganzen von den Motiven getroffenen Unterscheidung, von der sich im Gesetze selbst nicht die geringste Andeutung findet, nicht für verpflichtet halten, sondern wird, abgesehen von den konkreten Bestimmungen des Entwurfes, aus den Grundsätzen des Gesetzes selbst, aus seinem Geiste und der Natur der Sache heraus die Entscheidung zu treffen haben. Die letztere wird um so schwieriger werden, als auch die Vorfrage nach der Wirkung der Verjährung überhaupt, wie oben ausgeführt wurde, ihre Beantwortung nicht in dem Sinne einer der beiden extremen Ansichten, sondern in einem Grundsatze gefunden hat, der eine schwankende Mitte zwischen beiden einhält und daher eine sichere Handhabe zur Entscheidung nicht bietet; es ergiebt sich daher hieraus und aus den obigen Ausführungen das Resultat:

1. Abgesehen von den drei im Entwurf besonders hervorgehobenen Fällen der §§ 397. 407. 571 besteht die Streitfrage nach der Verjährbarkeit der abgeleiteten Einreden, soweit sie persönliche Rechte betrifft, fort.

2. Der einschlägige Passus der Motive ist, soweit er nicht den Entwurf wiederholt, ganz gleichgiltig und würde besser fehlen, da er durch die Hineintragung der Windscheid'schen Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Einreden nur noch mehr zur Verdunkelung der ganzen Lehre beigetragen hat.[2])

De lege ferenda ist auch für den Entwurf gerade bei dem Gewicht, welches dieser auf die von den Motiven s. g. rechtspolizeilichen Gesichtspunkte legt, an dem oben begründeten Standpunkt[3]) festzuhalten, dass als Prinzip die Verjährung der das Klagerecht geltendmachenden Einreden aufzustellen und diejenigen Fälle erschöpfend aufzuzählen wären, in welchen aus praktischen und Billigkeitsgründen eine Ausnahme zu machen wäre.

---

[1]) Entsch. des Reichsger. in in Civils. Bd. I S. 250, IX S. 404/405; XI. S. 434, XVI S. 194/195. 298 ff, XX S. 162.

[2]) Weiter geht Bähr a. a. O. S. 305 Ziff. 4, welcher wünscht, „dass die Motive überhaupt als wissenschaftliche Quelle offiziell abgelehnt werden."

[3]) vgl. oben § 8 a. E., S. 72.

Literatur.

I.

Bähr in den Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages 1889: Bd. 1 Nro. 11 S. 290 ff.
Bekker in seinem u. Muthers Jahrbuch des gem. Deutschen Rechts: Bd. IV Nro. 14.
Büchel: Civilrechtliche Erörterungen 1832. Nro. I und Anhang zu Nro. II.
Dahn: Über die Wirkung der Klageverjährung bei Obligationen (Dissertation). München 1855.
Demelius: Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht. Bd. I § 9—12.
Francke: Civilistische Abhandlungen. Göttingen 1826 Nro. II S. 70 ff.
Guyet im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XI Nro. 5.
Hanausek in den Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages 1889. Bd. I Nro. 12 S. 320 ff.
Heimbach in Lindes Zeitschr. für Civilrecht u. Prozess. Bd. I Nro. 22.
Koch: Dissert. inaug. jurid. de Praescr. restitutionis in integrum. Gisae 1785. §§ VI, VII.
v. Löhr im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. X Nro. 2 S. 66 ff.
Meischeider: Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe. § 18.
Meyer in den Gutachten aus dem Anwaltstande üb. die erste Lesung des Entwurfs, Heft 11: Die Lehre v. d. Zeitbestimmungen . . . und der Anspruchsverjährung nach dem Entwurfe.
Pfeiffer: Prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Bd. III (1831) Nro. 3 S. 73 ff.; Bd. VII (1844) Nro. 9 S. 313 ff.
Pollack: De praescriptione exceptionum (Dissertation) Berlin 1866.
Riemann: Die Verjährbarkeit der Einreden. (Dissertation.) Breslau 1890.
Rosshirt: Abhdlgen. civilist. u. criminalist. Inhalts. Bd. I. 1833. S. 156 ff.
J. A. Seuffert: Beitr. zur Lösung einiger römisch.-rechtl. Controversen. Würzburg 1824. Nro. II S. 9 ff.
K. Sintenis in den Jahrbüchern des gem. deutsch. bürgerl. Prozesses. Herausg. von F. U. Frhrn. v. Zu-Rhein. Bd. I Nro. XI S. 248 ff.
Sommer: Rechtswissenschaftl. Abhandlgen. Giessen 1818. Bd. I Nro. 1.
S. Strykii JCti.: De non usu juris quaesiti in S. Strykii Dissert. (1723). Vol. IV cap. II Nro. 60/61.
Vermehren in Lindes Zeitschr. für Civilr. u. Prozess. Bd. II Nro. 9 u. 10.
Wildhagen in Jherings Jahrb. f. Dogmatik. Bd. XXI Nro. 1.

II.

Glück: Ausf. Erläuterung der Pandekten. Bd. V S. 446 ff., 519 ff.; VII S. 357 ff.; XX. S. 161 ff.
v. Holtzendorff: Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Systemat. Teil 1873. S. 351. Rechtslexikon 1881: Art. Verjährung.
Matthiae Controversenlexikon 1856 Bd. I: Art. Einrede S. 313; Art. Gewährleistung S. 374; Art. Klageverjährung S. 481.
Weiskes Rechtslexikon Bd. III Art. Einrede, Bd. XII Art. Verjährung.

III.

Arndts: Pandekten (1883). §§ 111. 277.
Baron: Pandekten (1882). §§ 91. 92.
Bekker: System des heut. Pandektenrechts. 1886. Bd. I § 33.
Brinz: Lehrb. der Pandekten. Bd. I (1873) §§ 113. 114.
Burckhard: System des österreich. Privatrechts. 1883. Bd. I S. 595 ff.
Dabelow: Üb. die Verjährung. Halle 1805. Bd. II § 171.
Dernburg: Pandekten (1. Aufl.) Bd. I § 150; II §§ 4. 5.
„ Pfandrecht (1864). Bd. II S. 577 ff.
Förster: Eccius, Theorie u. Praxis des heut. gem. preuss. Privatrechts. (5. Aufl.). Bd. I §§ 46. 57 Nro. 7.
Göschen: Vorles. üb. d. gem. Civilr. Bd. I. (1843) §§ 154. 161. 181.
Grawein: Verjährung u. gesetzl. Befristung. Bd. I (1880) S. 140 ff.; 162 ff.
Höpfner: Theoret. prakt. Commentar über die Heinecc. Institut. (1833) § 1199.
v. Holzschuher: Theorie u. Casuistik des gem. Civilrechts (2. Aufl.). Bd. I § 19 Nro. 16. 22. 23; § 20 Nro. 10.
Hommel: Rhapsod. Quaest. in foro quotidie obven. etc. Ed. IV. 1797. Vol. III obs. 481.
Keller: Pandekten. 1861. §§ 89—92.
Kierulff: Theorie des gem. Civilrechts. 1839. Bd. I. S. 210 ff.
Kori: Theorie der Verjährung. 1811. § 52.
Lauterbach: Colleg. Pand. theor. pract. Tom. III (1784): lib. IV. tit. VI. § XXVIII.
v. Linde: Lehrb. des deutsch. gem. Civilprozesses. 1850. §§ 156. 161.
Mackeldey: Lehrb. des röm. Rechts. 1851. §§ 199. 202.
Mühlenbruch: Doctr. Pandectarum. Ed. IV. 1839. Bd. II § 481.
„ Lehrbuch des Pandektenrechts (4. Aufl.). Bd. I § 160; II. § 481.
Puchta: Institutionen (9. Aufl.). Bd. II § 208.
„ Pandekten (12. Aufl). §§ 92. 95.
„ Vorlesungen üb. d. heut. röm. Recht (5. Aufl.). §§ 92. 95 Anhang VI S. 471.
Rave: Princ pia univ. doctr. de praescr. etc. 1766. § 165.
Rosshirt: Gem. deutsch. Civilrecht. Bd. I (1840) §§ 44. 66.
Ryck: Die Lehre v. d. Schuldverhältnissen u. s. w. Berlin 1883 Bd. I S. 14 ff.
v. Savigny: System des heut. röm. Rechts (1841). Bd. V §§ 237. 238. 248—255.
Schilter: Prax. jur. Rom. in foro German. Bd. III. exerc. ad Pa id. XI. §§ 31. 32.

Schmidt: Commentar zu s. Vaters Lehrb. v. d. gerichtl. Klagen u. Einreden. 1800. Bd. I § 129.
Schwanert: Die Naturalobligationen des röm. Rechts. 1861. § 22.
Seuffert: Prakt. Pandektenr. 1860. §§ 31. 33.
C. F. F. Sintenis: Das prakt. gem. Civilr. 1868. Bd. 1. §§ 31. 32.
Thibaut: Besitz und Verjährung. 1802. §§ 49. 56.
„ Pandekten (9. Aufl.). Bd. 1 §§ 205. 209.
A. Thon: Rechtsnorm u. subjektives Recht. 1878. S. 266 ff.; 279 ff.
Unterholzner: Ausführl. Entwicklung der ges. Verjährungslehre 1828. (1. Aufl.). Bd. II §§ 156—159. 258.
v. Vangerow: Lehrb. der Pandekten. 1863. Bd. I. §§ 151. 156. Anm. 2.
C. G. v. Wächter: Handbuch des im Kgr. Würtemberg geltenden Privatrechts. 1842. Bd. II S. 502; Note 18, S. 806; § 119.
C. G. v. Wächter: Pandekten (O. v. Wächter) Bd. I (1880) §§ 102. 103. 108. 109.
Weber: Beitr. z. d. Lehre v. d. gerichtl. Klagen u. Einreden. 1789. S. 21 ff.; 63 ff.
Weber: System. Entwickelung der Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeiten u. s. w. (1820). § 92.
Wehrn: Theor.-prakt. Grundriss der Lehre v. d. gerichtl. Einwendungen u. s. w. (1790). §§ 8.
Wendt: Lehrb. der Pandekten. 1888. § 95—97.
Wening-Ingenheim: Lehrb. des gem. Civilrechts. 5. Aufl. Bd. I §§ 43. 45; III § 554.
Windscheid: Die actio des röm. Civilrechts. 1856. § 7 S. 36 ff.
„ Lehrb. des Pandektenrechts (1887). Bd. I § 112.
Zachariae v. Lingenthal: Handb. des französ. Civilrechts (6. Aufl.). Bd. IV. § 771 Note 1; § 775 Note 2.

IV.

Elvers: Archiv f. d. prakt. Rechtswissenschaft. Bd. VI. S. 319.
Entscheidungen des Berliner Geh. Ob.-Tribunals (v. Simon u. Strampff) Bd. I Nro. 14 S. 120 ff.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. II Nro. 40.
D. Mevii ICti Decis. sup. caus. praec. ad Summ. Trib. Reg. Wismar. 1705. Pars III dec. 333.
Seufferts Archiv für Entscheidungen: Bd. II Nro. 163; VII 145; IX 253; XI 8; XIII 8; XIV 19; XV 118; XXI 7; XXIV 4; XXIV 6; XXXIII 279; XLII 177.

Unzugänglich waren mir:

Reinhardt: Usucapio u. praescriptio des römischen Rechts.
Schroeter: Comm. de temporis vi in action. et interd. tollendis.
Claproth: Dissert. de rebus merae facultatis.